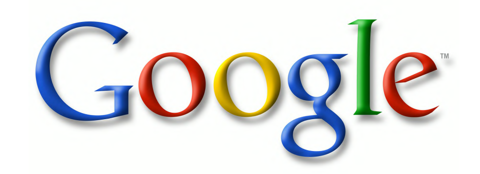



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 956 048
HD
AUS
991.3
SCH




VE
RI
TAS

ÜBER DAS

JUS NOVORUM

IN DER

BERUFUNGSINSTANZ.

VON

DR. EMIL SCHRUTKA VON RECHTENSTAMM.



STUTTGART 1898.
VERLAG DER J. G. COTTA'SCHEN BUCHHANDLUNG
NACHFOLGER.

For T X
S

Vorliegende Arbeit bildet einen Theil der im gleichen Verlage erschienenen »Festschrift zum siebzigsten Geburtstage Sr. Excellenz Dr. JOSEPH UNGER«.

Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Inhalts-Verzeichniss.

Literatur: Wach, Die Mündlichkeit im österr. Civilprocess-Entwurf, 1895, S. 45. — Petersen, Die Entwürfe zu einer Civilprocessordnung für Oesterreich und zu den dazu gehörigen Nebengesetzen, Sächsisches Archiv für Bürgerl. Recht und Process, Bd. IV, 1894, S. 23 ff. — v. Fürstl, Die neuen österreichischen Civilprocessgesetze mit Erläuterungen, 1897, S. 688, 723, 724. — Trutter, Das österreichische Civilprocessrecht in systematischer Darstellung, 1897, S. 512, 513 ff., 542 ff., 555, 556. Vgl. auch S. 559 und Grünhut's Zeitschr. Bd. 22, S. 231 ff. — Wachtel, Erläuterungen zur Civilprocessordnung, 1897, S. 440, 441. — M. Schuster von Bonnott, Oesterreichisches Civilprocessrecht, 3. Aufl. 1897, S. 470 ff. — Beck, Zehn Abhandlungen zum neuen österr. Civilprocessrecht, 1898, S. 34 ff. (Dazu Neumann-Ettenreich, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1898, Nr. 2, S. 14.) — Schimm, Zur Frage des materiellen Berufungsrechtes der neuen Civilprocessordnung, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 49 u. 50. — Stross, Der Unterschied zwischen der Appellationsanmeldung, bezw. den Appellationsbeschwerden der allg. Gerichtsordnung und der Berufungsschrift der neuen C.P.O.; Allg. österr. Ger.-Ztg., 1898, Nr. 2, S. 13. — R. Pollak, Verzicht auf die untere Instanz, Allg. österr. Ger.-Ztg., 1897, Nr. 51, 52, S. 401, 402. — Hervorragend: Kornfeld, Civilprocessuale Grundsätze. Studie zu dem österreichischen Regierungsentwurfe einer Civilprocessordnung vom Jahre 1893, 1893, S. 74 ff. (dazu v. Schrutka, Zeitschr. f. deutsch. Civilprocess, Bd. 21, S. 101); Kornfeld, Wort und Schrift im mündlichen Civilprocesse. Ein Beitrag zur österr. Civilprocessreform, 1895, S. 57 ff. (dazu Neue Freie Presse, Morgenblatt vom 3. Juli 1897, und v. Schrutka, Zeitschr. f. deutschen Civilprocess, Bd. 21, S. 547). — Kornfeld, Berufung und Recurs im mündlichen Civilprocess, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 23, S. 266, 267. — Vgl. auch: Vorschläge des Subcomités der n.ö. Advocatenkammer zum Entwurf einer Civilprocessordnung nach dem Antrage des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses. Bearbeitet von den Referenten Dr. Ignatz Kornfeld und Dr. Otto Franckel, 1895, S. 87—90.

Der Appellation des gemeinen deutschen Processes war das sog. beneficium novorum, id est nondum deducta deducendi et nondum probata probandi eigen. Diese Rechtswohlthat gab dem Appellanten die Befugniss, das erstinstanzliche Verhandlungsstadium dadurch zu vervollständigen, dass er neue Thatsachen anbrachte und die bereits in voriger Instanz vorgetragenen besser bewies. Doch war die Zulassung von Neuerungen von der Ablegung eines Calumnieneides abhängig, durch welchen der Appellant beschwören musste, »dass er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt oder solches dermalen nicht einbringen können oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig erachtet, nunmehr aber davor halte, dass solches zur Erhaltung seines Rechtes dienlich oder nothwendig sei« (J.R.A. §. 73, 118). Dieser Eid erinnert an die restitutio propter nova reperta, und darum wird im gemeinen Rechte das Nachbringen von Neuerungen unter den Gesichtspunkt der Einfügung eines Restitutionsgesuches in das Appellationsverfahren gebracht (Wetzell, System des ord. Civilprocesses, 3. Aufl. S. 755, 756).

In den deutsch-österreichischen Ländern war der Rechtszustand zur Zeit der Abfassung der alten Gerichtsordnung kein einheitlicher. Es bestand, wie A. Menger in seiner Abhandlung: »Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen, 1878«, nachweist, ein Gegensatz zwischen Böhmen und seinen vormaligen Nebenländern einer- und den ausserböhmischen Kronländern andererseits. In den ersteren war die Rechtswohlthat der Neuerungen von Alters her angenommen, in den letzteren die Vorführung von neuem thatsächlichem und Beweisstoff in der höheren Instanz unbedingt ausgeschlossen. Die Gerichtsordnung beider Redactionen hat diesen Gegensatz aufgehoben, indem sie für die gesammten erbländischen Provinzen die Auffassung der innerösterreichischen

Länder adoptirte. Es möge gestattet sein, die bezügliche Bestimmung, welche sich im §. 257 der allgemeinen und in dem völlig gleichlautenden §. 333 der westgalizischen Gerichtsordnung findet, hieher zu setzen:

»In der Appellationsbeschwerde soll weder ein anderer Geschichtsumstand noch ein anderes Beweismittel angeführt werden, als jene, worüber bei der ersten Instanz gesprochen worden ist; wenn dennoch dawider gehandelt würde, soll auf eine solche Neuerung keine Rücksicht getragen werden.«

Es war also im alten Rechte das im Appellationsverfahren gegen das gesetzliche Verbot vorgebrachte neue thatsächliche und Beweismaterial unbeachtet zu lassen, vorausgesetzt, dass es sich um die Abänderung und nicht um die blosse Aufhebung des angefochtenen Urtheils handelte.

War das Appellationsgericht der Ansicht, dass ein in erster Instanz angebotener Beweis durch Zeugen, Augenschein, Sachverständige oder Handelsbücher hätte aufgenommen werden sollen, so durfte es sich nicht darauf beschränken, dem unteren Richter die Beweisaufnahme aufzutragen, sondern es musste, um den Parteien nicht eine Instanz zu entziehen, das Urtheil, wie bei vorliegenden Formgebrechen, aufheben und die erste Instanz anweisen, auf Grund des vervollständigten Beweismaterials neuerlich mit der Urtheilsschöpfung vorzugehen, ohne sie hiebei an die Rechtsauffassung des Appellationsgerichtes zu binden. Nur in dem §. 27 der Vdg. der Ministerien des Aeussern und der Justiz und des Armee-Ober-Commandos vom 31. März 1855, R.G.Bl. Nr. 58, mit welcher die Vollzugsvorschriften zu der kais. Vdg. vom 29. Januar 1855, R.G.Bl. Nr. 23, betr. die Ausübung der Civilgerichtsbarkeit der k. u. k. Consulate über die österreichischen Unterthanen und Schutzgenossen im osmanischen Reiche kund gemacht werden, wird diese Instanzenfolge hintangesetzt. Hier ist die Appellation als Fortsetzung auch des Verhandlungs- und nicht bloss des Urtheilsstadiums gedacht, während sie nach den

alten Gerichtsordnungen und auch nach den sog. provisorischen Civilprocessordnungen für Ungarn und für Siebenbürgen vom 16. September und 3. Mai 1852, §. 330, nur letzteres sein soll.

Der Vorzug der alten österreichischen Appellation wird darin erblickt, dass sie im eigentlichen Sinne eine Ueberprüfung des Urtheils des unteren Richters durch den höheren auf Grund einer und derselben, nicht im geringsten veränderten, insbesondere nicht erweiterten Urtheilsgrundlage zum Zwecke hat[1]). Diese Construction setzt Schriftlichkeit des Verfahrens voraus; denn nur im schriftlichen Verfahren ist es möglich, den höheren Richter auf das Material zu beschränken, welches seiner Zeit dem unteren vorlag. Sowie man aber das Princip aufstellt, dass die erste Instanz nicht auf Grund schriftlicher Darstellung des Processstoffes, sondern soweit als möglich unmittelbar auf Grund der mündlichen Einvernehmung der Parteien und der Auskunftspersonen (Zeugen und Sachverständigen) judiciren soll, ergibt sich von selbst die Nothwendigkeit: entweder der höheren Instanz eine gleiche unmittelbare Vorführung des Sachverhaltes zu ermöglichen, d. h. dem Berufungsgericht eine Erneuerung des Verhandlungsstadiums zu gestatten (sog. volle Berufung), oder aber das Berufungsgericht der Verpflichtung zu selbständiger Feststellung des Sachverhaltes zu entheben und seine Function auf die rechtliche Beurtheilung des ihm von der ersten Instanz überlieferten Thatbestandes zu beschränken (beschränkte Berufung oder revisio in jure).

Die deutsche Civilprocessordnung, dem Vorbilde der französischen und englischen Gesetzgebung folgend, hat bekannt-

---

[1]) Ungenau ist es, wenn Beck, Zehn Abhandlungen S. 32, 33, diese Ueberprüfung darauf beschränkt, ob auf den in erster Instanz unabänderlich festgestellten Sachverhalt die Gesetze richtig angewendet worden sind (sog. revisio in jure). Unsere alte Appellation war eine revisio in facto et in jure, aber auf Grund der erstinstanzlichen Actenlage.

lich die erste Alternative gewählt; der preussische Entwurf der deutschen C.P.O. und im Wesentlichen auch die österr. Entwürfe 1876—1881 hatten die zweite Alternative — jedoch nur für collegialgerichtliche, nicht auch für einzelgerichtliche Processe — vorgeschlagen.

Die neue österreichische C.P.O. kommt der deutschen insofern nahe, als auch sie es verschmäht, das Rechtsmittel zweiter Instanz als sog. revisio in jure zu construiren. Ein derartiges Rechtsmittel ist ihr überhaupt fremd. Nicht einmal das Revision genannte Rechtsmittel dritter Instanz ist, im Gegensatz zu dem gleichnamigen Rechtsmittel dritter Instanz im deutschen Recht, blosse revisio in jure. Aus dem §. 503 Z. 3 C.P.O. ergibt sich nämlich, dass die Revision auch begehrt werden kann, weil dem Urtheile des Berufungsgerichtes in einem wesentlichen Punkte eine thatsächliche Voraussetzung zu Grunde gelegt erscheint, welche mit den Processacten erster oder zweiter Instanz im Widerspruch steht. Doch darf bei dieser Ueberprüfung über die durch diese Processacten gegebenen Grenzen nicht hinausgegangen werden: neue thatsächliche Behauptungen und Beweise sind zu diesem Zwecke ausgeschlossen (§. 504 Abs. 2 C.P.O.). Im Uebrigen ist unsere Berufung keine »volle« im Sinne des deutschen, aber doch auch keine Appellation im Sinne des bisherigen österr. Rechtes. Es ist zwar neues thatsächliches und Beweismaterial nicht in demselben Umfange, wie nach der deutschem C.P.O., zugelassen, aber auch nicht, wie in der alten Gerichtsordnung, unbedingt ausgeschlossen. Auch die Berufung des heutigen österreichischen Rechtes ist nicht, wie die alte Appellation, bloss Fortsetzung und Erneuerung des Urtheilsstadiums, sondern auch, wie die deutsche Berufung, Fortsetzung und Erneuerung des Verhandlungsstadiums, insbesondere des Beweisverfahrens. Nur dass letztere in engere Grenzen eingeschlossen wird, als nach der deutschen Civilprocessordnung.

Die Aufgabe der vorliegenden Zeilen soll darin bestehen,

diese Grenzen abzustecken. Hiebei soll von dem Princip ausgegangen, dass neues thatsächliches und Beweisvorbringen in der Berufungsinstanz zulässig sei, und die Darstellung darauf angelegt werden, die Schranken, welche demselben im Gesetze aufgerichtet sind, so scharf als möglich herauszuarbeiten. Es wird sich zeigen, dass dieselben theils den Gehalt, theils die Form des neuen Vorbringens beeinflussen, also theils materielle, theils formelle sind.

Bevor jedoch daran gegangen wird, diese Schranken in unseren Gesichtskreis treten zu lassen, muss eine kleine Vorarbeit geleistet werden. Sie besteht darin, zu ermitteln, was unter Neuheit thatsächlichen und Beweisvorbringens in der Berufungsinstanz zu verstehen sei, ganz abgesehen von der Frage nach dessen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit.

Haben wir uns sodann mit den Schranken, welche dem neuen Parteienvorbringen gesetzt sind, vertraut gemacht, so soll noch die Frage beantwortet werden, ob nicht auch der Richter kraft seines materiellen Processleitungsamtes Neuerungen hereinziehen kann, und zum Schluss auf die Rechtsbehelfe hingewiesen werden, welche den Parteien zu Gebote stehen, um zurückgewiesene Neuerungen nachträglich doch noch geltend zu machen.

Obiger Disposition zufolge haben wir vor Allem die Neuheitsqualität des Vorbringens, welches uns hier überhaupt interessirt, zu bestimmen. Was ist »neu« im Sinne der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit neuen thatsächlichen und Beweisvorbringens in der Berufungsinstanz?

Wie auf die meisten Fragen, denen in dieser Abhandlung nachzugehen ist, gibt auch auf die eben aufgeworfene der §. 482 C.P.O., der so recht sedes materiae im Gesetz ist, Auskunft:

Neu im Sinne des Abs. 2 des citirten Paragraphen der neuen C.P.O. ist das Vorbringen, welches »nach Inhalt der erstrichterlichen Processacten und des Ur-

theilsthatbestandes in erster Instanz nicht vorgekommen« ist.

Es ist schon von anderer Seite bemerkt worden, dass die Worte »und des Urtheilsthatbestandes« überflüssig sind; denn auch der Urtheilsthatbestand gehört laut des §. 219 C.P.O. zu den Processacten [1]). Aber auch abgesehen hievon ist die Fassung des Gesetzes eine mangelhafte. Es ist nicht an die Processacten überhaupt, sondern nur insofern zu denken, als sie den Inhalt der mündlichen Verhandlung erster Instanz, mittelbar oder unmittelbar, beurkunden. Centrale Bedeutung unter denselben hat das Verhandlungsprotocoll. Zu diesem treten hinzu, wenn sie als Mittel zur Erleichterung des Protocollirungsgeschäftes herangezogen wurden (§. 210 C.P.O.), die vorbereitenden Schriftsätze, die Niederschriften (§. 265 C.P.O.), die Protocolle über ein vorbereitendes Verfahren vor dem beauftragten Richter (sog. Präparatorium), die Darstellung des Sachverhaltes in einem Beweisbeschlusse, insbesondere für das bezirksgerichtliche Verfahren nach §. 444 C.P.O. der Ersatz der protocollarischen Darstellung des Sachverhaltes durch die Aufnahme desselben in einen Beweisbeschluss, und nach §. 445 C.P.O. ebenso der Ersatz durch den Urtheilsthatbestand [2]). Ausser dem Verhandlungsprotocoll und den zu demselben hinzutretenden Processacten ist aber auch noch der Urtheilsthatbestand in Betracht zu ziehen, dessen legaler Zweck ja ist, »eine gedrängte Darstellung des aus der mündlichen Streitverhandlung sich ergebenden Sachverhaltes unter Hervorhebung der in der Hauptsache von den Parteien gestellten Anträge zu enthalten« (§. 417 Abs. 2 C.P.O.), sammt einem etwaigen Berichtigungsbeschluss (§. 420 C.P.O.). Und zwar

---

[1]) R. Pollak, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1897, Nr. 51, S. 401, Anm. 6.

[2]) Vgl. die ausgezeichnete Darstellung von Beisser, Das Verhandlungsprotocoll unseres mündlichen Civilprocesses, Allg. österr. Gerichtszeitung, 1897, Nr. 11—13.

in allen Fällen, also auch dann, wenn der Urtheilsthatbestand nicht im Sinne des §. 210 Abs. 1 bezw. 445 C.P.O. zur Entlastung des Verhandlungsprotocolles verwendet wurde.

Mit Vorbedacht spricht das Gesetz nicht von dem in den erstrichterlichen Processacten enthaltenen, sondern von dem nach Inhalt derselben in erster Instanz vorgekommenen Processstoff. Es ist eben der Inhalt der mündlichen Verhandlung wesentlich und die Processacten dienen nur dazu, sichere Auskunft darüber zu geben, was in derselben vorgekommen ist. Hienach muss wohl die Frage, ob ein Vorbringen, das zwar in der mündlichen Verhandlung vorgekommen, aber bei der Protocollirung übersehen worden ist, ein novum sei, verneint, und die Frage, ob ein Vorbringen, welches zwar in der mündlichen Verhandlung nicht vorgekommen, von dem aber im Protocoll irrthümlich bezeugt ist, dass es vorgekommen sei, ein novum sei, bejaht werden. Selbstverständlich ist da der Gegenbeweis gegen die Protocollirung erforderlich, dass das nicht protocollirte Vorbringen vorgekommen oder das protocollirte nicht vorgekommen sei. Seine Zulässigkeit unterliegt keinem Zweifel. Allerdings liefert das Verhandlungsprotocoll und was demselben gleichsteht nach §. 215 Abs. 1 C.P.O. über den Inhalt der Verhandlung vollen Beweis[1]. Allein nirgends ist gesagt, dass der Gegenbeweis ausgeschlossen sei, und so kommt die Regel des §. 292 Abs. 2 C.P.O., dass gegen eine öffentliche Urkunde der Beweis der unrichtigen Beurkundung zulässig ist, auch auf Protocolle zur Anwendung[2].

Neu im Sinne des §. 482 Abs. 2 C.P.O. sind Thatumstände und Beweise, welche nicht bereits in erster Instanz vorgekommen sind. Von was für Thatumständen und Be-

---

[1]) Ueber die in §. 215 Abs. 2 C.P.O. erwähnten, »für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten« Beck, Zehn Abhandlungen, S. 34, Anm. 4; Menger, Zulässigkeit, S. 158, 159, Anm. 30.

[2]) Beisser a. a. O. S. 100.

weisen kann man sagen, dass sie bereits in erster Instanz vorgekommen sind?

Die Regierungsvorlage (§. 502) sprach von in erster Instanz (noch nicht) vorgebrachten Thatsachen und Beweisen. Dieselbe Ausdrucksweise findet sich noch in dem Antrag des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses (§. 480), und erst die gemeinsame Conferenz des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses und der Permanenzcommission des Herrenhauses hat den Beschluss gefasst, ähnlich wie der §. 326 der sog. provis. Civilprocessordnungen für Ungarn und Siebenbürgen, den Ausdruck: »in erster Instanz nicht vorgekommene Thatumstände und Beweismittel« in den Gesetzestext aufzunehmen, es jedoch übersehen, auch im §. 468 Abs. 2 C.P.O. dieselbe Aenderung zu bewirken. Meines Erachtens verdient die neue Fassung den Vorzug. Bei dem Worte »vorbringen« denkt man nur an eine Thätigkeit der Parteien. Sie allein sind es, welche im Processe thatsächliches und Beweismaterial vorbringen. Nun beherrscht aber im neuen Verfahren die sog. Verhandlungsmaxime nicht mehr die Stoffsammlung. Sie ist, wenn auch die Verhandlungsform beibehalten blieb, durch eine sehr intensive, mit inquisitorischen Elementen versetzte materielle Processleitung des Richters zurückgedrängt [1]). Kraft dieser hat er die Aufgabe, nicht bloss vermöge seines Fragerechts darauf hinzuwirken, dass die Parteien erhebliche Thatsachen und Beweise vorbringen, sondern auch vermöge seiner discretionären Gewalt innerhalb gewisser Schranken Beweise heranzuziehen, auch wenn sich keine Partei auf dieselben berufen hat (§. 182, 183 C.P.O.). Ohne Zweifel sind auch solche Beweise keine neuen im Berufungsverfahren, wenngleich von denselben nicht gesagt werden kann, dass sie in erster Instanz vorgebracht worden seien.

[1]) Ueber Verhandlungsform, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime vgl. neuestens die geläuterte Darstellung von R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechtes, 1898, S. 339—356.

Wir haben bisher gesehen, welche thatsächlichen Behauptungen und Beweisanbietungen im Sinne des §. 482 Abs. 2 C.P.O. als neu und welche nicht als neu anzusehen sind.

Bevor wir weitergehen und die Frage untersuchen, innerhalb welcher Schranken das als solches characterisirte neue Material in der Berufungsinstanz angebracht werden kann, mag noch die Frage gestreift werden, ob alles, was nicht neu ist, was also in erster Instanz vorgekommen ist, auch in der zweiten verwerthet werden kann?

Der Zweifel bezieht sich hauptsächlich auf thatsächliche Behauptungen, welche der Richter erster Instanz kraft seiner sog. Souveränität als unstatthaft zurückgewiesen, und Anbietungen von Beweisen, deren Aufnahme er von demselben Standpunkt aus verweigert hat. Kann man auch von derartigem, vom Richter erster Instanz unbenutzt gelassenen Processmaterial behaupten, dass es im Sinne des §. 482 Abs. 2 C.P.O. in erster Instanz vorgekommen sei, mit der Wirkung, dass es im Berufungsverfahren nicht als neu angesehen werden darf?

Die aufgeworfene Frage scheint, wenigstens bezüglich der Beweise, im §. 488 C.P.O. ohne Weiteres bejaht zu sein. Dort ist nämlich gesagt, dass der Berufungssenat im erstrichterlichen Verfahren von den Parteien erfolglos angebotene Beweise nachträglich aufnehmen kann. Dennoch glaube ich, dass ihn das Gesetz hiezu nicht ohne besondere, an anderen Orten der C.P.O. ausgesprochene Voraussetzungen ermächtigt. Um diese ermitteln zu können, wird es sich empfehlen, die Fälle zu überblicken, in denen die sog. richterliche Souveränität platzgreift. Sie sind bekanntlich aus einem rein formellen Grunde im §. 417 Abs. 3 C.P.O. zusammengestellt.

Nach dem §. 179 Abs. 1 C.P.O. kann der Richter im Zuge der mündlichen Verhandlung thatsächliche Behauptungen und Beweise auf Antrag oder von Amtswegen als unstatthaft erklären, wenn sie 1. offenbar in der Absicht, den Process

zu verschleppen, nicht früher vorgebracht wurden, und 2. deren Zulassung die Erledigung des Processes erheblich verzögern würde. Dieses Schicksal droht insbesondere thatsächlichem und Beweismaterial, welches füglich schon in den vorbereitenden Schriftsätzen der Klage (§. 226 C.P.O.) oder der Klagebeantwortung (§. 243 C.P.O.) oder in den weiteren vorbereitenden Schriftsätzen (§. 258 C.P.O.) hätte angekündigt werden können.

Nach dem §. 181 Abs. 2 C.P.O. kann der Partei, wenn die Fortsetzung einer bereits begonnenen Verhandlung auf eine spätere Tagsatzung verlegt werden muss, aufgetragen werden, binnen einer ihr gleichzeitig zu bestimmenden Frist die als Beweismittel zu benutzenden Urkunden zur Einsicht für den Gegner bei Gericht zu erlegen und die Adressen einzuvernehmender Zeugen bekannt zu geben. Wenn die Partei einem solchen Auftrag 1. in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht nachkommt und die geforderten Beweismittel erst bei der fortgesetzten mündlichen Verhandlung vorbringt, so kann dieses Vorbringen auf Antrag oder von Amtswegen als unstatthaft erklärt werden, falls 2. durch dasselbe die Fortführung der Verhandlung verzögert würde.

Der §. 275 Abs. 2 C.P.O. bestimmt allgemein, ähnlich dem alten Bagatellgesetz (§. 31 Abs. 3), dass das Gericht die Aufnahme angebotener Beweise auf Antrag oder von Amtswegen verweigern kann, wenn es die Ueberzeugung gewinnt, dass die Beweise nur in der Absicht, den Process zu verschleppen, angeboten werden.

Der §. 278 C.P.O. endlich wünscht, dass in Fällen, in denen es sich um Beweise handelt, die nicht sogleich bei der Verhandlung selbst aufgenommen werden können, womöglich die dem Rechte der Gerichtsordnung eigenthümliche Scheidung in das Stadium der Behauptungen und Beweisanbietungen, denen die sofort ausführbaren Beweisaufnahmen gleich behandelt werden, und in das Stadium der Beweisführung auf-

recht erhalten und ein einheitlicher Beweisbeschluss, mittelst dessen alle übrigen Beweisaufnahmen angeordnet werden, die Cäsur bilden solle, welche das erste Stadium abschliesst und in das Beweisstadium hinüberleitet. Wird nun nach Beendigung der Beweisaufnahmen eine Tagsatzung vor dem erkennenden Richter zu demjenigen Zwecke abgehalten, der nach der Terminologie unserer Civilprocessordnung »Erörterung der Ergebnisse der Beweisaufnahme« heisst und früher mit dem Namen »Beweiswürdigung« belegt war, so sollen hier neue thatsächliche Behauptungen und Beweisanbietungen als unstatthaft erklärt werden, wenn sie 1. durch die Ergebnisse der Beweisaufnahmen nicht veranlasst sind und 2. offenbar in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht früher (d. h. vor dem Beweisbeschluss) vorgebracht wurden.

Kann diese rejectorischen Beschlüsse des ersten Richters der Berufungssenat zurücknehmen und die als unstatthaft zurückgewiesenen Behauptungen und Beweise nachträglich als statthaft erklären? Ich glaube, dass hier der §. 462 Abs. 2 C.P.O. zur Anwendung kommt. Die erwähnten Beschlüsse sind alle anfechtbar, wenn auch nicht durch ein abgesondertes Rechtsmittel. Das ergibt sich bezüglich der Beschlüsse nach §. 179 Abs. 1 und §. 181 Abs. 2 aus §. 186 Abs. 2 und bezüglich derjenigen nach §. 275 Abs. 2 und §. 278 Abs. 2 aus §. 291 Abs. 1 C.P.O. Die behauptungs- und beweislustige Partei kann ihre Beschwerde entweder schon mit dem gegen die nächstfolgende anfechtbare Entscheidung angebrachten Rechtsmittel, oder, wenn sie dies unterlassen hat, mit dem gegen die Endentscheidung erhobenen Rechtsmittel zur Geltung bringen [1]).

---

[1]) §. 515 C.P.O. und die gleich zu nennende »Beantwortung der Fragen« ferner Trutter, Das österr. Civilprocessrecht, S. 573. Dagegen bestreitet Kornfeld in seinem Vortrag: »Berufung und Recurs im mündlichen Civilprocess«, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 21—23, dass obiges Wahlrecht bestehe. Jedenfalls ist seine Kritik an der Textirung des genannten Paragraphen begründet. — Die eben citirte, mit der Verordnung des Justizministeriums vom 3. December

Im letzteren Fall hat der Berufungsrichter zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Unstatthafterklärung in erster Instanz wirklich vorhanden waren und im Falle der Verneinung dieser Frage die Statthaftigkeit des thatsächlichen und Beweismaterials auszusprechen.

Der oben zuletzt genannte Beschluss bildet die Brücke, welche zu den Beweisaufnahmen hinüberführt, mit denen der Beweisführer durch den fruchtlosen Verlauf der für sie bestimmten Frist in erster Instanz präcludirt wurde. Soll diese Präclusion nur innerhalb der Grenzen der ersten Instanz wirksam sein oder ihre Wirkung auch auf die höheren erstrecken? Eine ähnliche Frage wurde schon von der Theorie des gemeinen deutschen Processrechts discutirt, nur dass es dort lediglich auf die Beweisanbietung innerhalb einer peremtorisch festgesetzten Beweisfrist ankam [1]).

In unserer Civilprocessordnung ist von Präclusion mit der Beweisaufnahme, bezw. mit der Beweisverwerthung an folgenden Stellen die Rede.

Im §. 279 C.P.O. ist gesagt, dass, wenn der Beweisaufnahme ein Hinderniss von ungewisser Dauer entgegensteht

---

1897, Z. 25801, J.M.Vdg.Bl. Nr. 44, kundgemachte Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Processgesetze vorgelegt wurden, kommt, auch wo sie auf Gutachten des obersten Gerichtshofes beruht, trotzdem sie vom Justizministerium herrührt und auf dieselbe der Urheber des Gesetzes entscheidenden Einfluss genommen haben mag, doch nur einer privaten Auslegung des Gesetzestextes gleich. Beck, Fünf Capitel über Vollzugsverordnungen und Verlautbarungen zu den österreichischen Civilprocessgesetzen, 1898; Tinzl, Die neueste österreichische Gesetzgebungstechnik, Die Zeit, 1898, Nr. 174; A. Ruzicka, Jurist. Blätter, 1898, Nr. 7, S. 77, 78. Protest der oberösterr. Advocatenkammer vom 5. Februar 1898, Jurist. Blätter, 1898, Nr. 7, S. 79. Ihr Werth beruht nur auf inneren Gründen, deren Würdigung übrigens dadurch erschwert wird, dass zumeist nicht angegeben ist, welche Erwägungen für den obersten Gerichtshof oder das Ministerium bei der einzelnen Beantwortung den Ausschlag gaben.

[1]) Linde, Handbuch, Bd. 4, S. 508—511; Bayer, Vorträge, 10. Aufl. S. 1026, 1027.

(vgl. auch §. 309 C.P.O.), oder ihre Ausführbarkeit zweifelhaft ist (vgl. auch §. 335 C.P.O.), oder die Beweisaufnahme im Ausland erfolgen soll, der Richter auf Antrag eine Frist zu bestimmen hat, nach deren fruchtlosem Ablauf die Verhandlung auf Begehren einer der Parteien ohne Rücksicht auf die ausstehende Beweisaufnahme fortgesetzt wird. Nach §. 283 C.P.O. kann der Richter, wenn die Beweisaufnahme im Ausland stattfinden soll, das Ersuchschreiben dem Beweisführer selbst behufs Uebermittlung an die ausländische Behörde aushändigen oder ihn ermächtigen, eine dem ausländischen Rechte entsprechende Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen. In diesen beiden Fällen ist für die Vorlegung der Acten über die Beweisaufnahme von Amtswegen eine Frist mit obigem Präjudiz zu bestimmen.

Wenn die Urschrift einer Urkunde in der mündlichen Verhandlung aus erheblichen Gründen nicht vorgelegt zu werden vermag, so kann das Gericht anordnen, dass sie der Beweisführer einem beauftragten oder ersuchten Richter vorlege. Geschieht das bei der hiezu anberaumten Tagsatzung nicht, so kann nach §. 300 C.P.O. der Fortgang des Processes durch die Rücksicht auf dieses Beweismittel nicht weiter aufgehalten werden.

Wenn Zeugen (§. 332 C.P.O.) oder Sachverständige (§. 365 C.P.O.) zu verhören sind oder ein Augenschein (§. 368 C.P.O.) vorzunehmen ist, so kann der Richter anordnen, dass der Beweisführer einen entsprechenden Betrag zur Deckung des mit der Beweisaufnahme verbundenen Aufwandes vorschussweise erlege, und ihm hiezu eine Frist unter Androhung der Folgen des §. 279 C.P.O. bestimmen.

Alle hier genannten, mit der Präclusion drohenden Beschlüsse können durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden. Das ergibt sich bezüglich derjenigen der §§. 279 Abs. 1, 283 Abs. 3 und 335 aus §. 291 Abs. 2, derjenigen der §§. 300 und 309 Abs. 1 aus §. 319 Abs. 1 und derjenigen

der §§. 332 Abs. 1, 365 Abs. 2 und 368 Abs. 3 aus §. 349 Abs. 2 C.P.O. Somit sind diese Beschlüsse der Rechtskraft nicht fähig und der Richter an sie nicht gebunden. Das ist ausdrücklich im Gesetze gesagt, indem es die Voraussetzungen angibt, unter welchen er über die Verspätung hinwegsehen und die nach Ablauf der Frist vom Beweisführer zu Stande gebrachten, bezw. ermöglichten Beweise zulassen kann, bezw. muss. Eine Voraussetzung ist, dass die nach fruchtlosem Ablauf der Frist fortgesetzte mündliche Verhandlung noch nicht geschlossen ist. Und die andere, dass durch die nachträgliche Benutzung der Beweise das Verfahren nicht verzögert wird (§§. 279 Abs. 2, 283 Abs. 2, 300 Abs. 3, 309 Abs. 1, 332 Abs. 2, 365 Abs. 2 und 368 Abs. 3). Nehmen wir an, dass die Beweise erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz oder gar erst nach der Urtheilsschöpfung zu Stande gebracht wurden, oder dass sich erst nach diesem Zeitpunkt der Beweisführer herbeiliess, den Vorschuss zu erlegen. Geht in diesem Falle obige Befugniss des Erstrichters jure devolutionis auf den Berufungsrichter über? Ich möchte diese Frage bejahen; denn das Berufungsverfahren ist als Fortsetzung auch des erstinstanzlichen Verhandlungsstadiums, freilich nur innerhalb der durch die Berufungsanträge gezogenen Grenzen, anzusehen. Selbstverständlich wird der Berufungsrichter die weitere Voraussetzung, ob durch die nachträgliche Benutzung der Beweise das Verfahren nicht verzögert werde, nach der Sachlage ex nunc beurtheilen. Dass der Partei nebenbei auch die Wiederaufnahmeklage nach §. 531 C.P.O. zu Gebote steht, dürfte die Bejahung nicht ausschliessen.

Anders ist zu entscheiden, wenn der Beweisführer noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz die purgatio morae unternommen, der Erstrichter aber die Beweise als verspätet zurückgewiesen hätte. Gegen solche rejectorische Beschlüsse ist nicht ein Rechtsmittel überhaupt, sondern nur ein abgesondertes Rechtsmittel ausgeschlossen (§§. 279 Abs. 2,

283 Abs. 3, 309 Abs. 1, 332 Abs. 2, 335 Abs. 2, 365 Abs. 2, 368 Abs. 3 in Verb. mit §. 291 Abs. 1 und §. 300 Abs. 3 in Verb. mit §. 319 Abs. 1 C.P.O.). Daraus folgt, dass auf dieselben das anzuwenden ist, was oben von den aus der Gerichtssouveränität fliessenden rejectorischen Beschlüssen gesagt wurde.

Schliesslich mag noch daran erinnert werden, dass auch im vorbereitenden Verfahren vor dem beauftragten Richter Präclusion eintritt. Nach dem §. 263 Abs. 2 C.P.O. können in der mündlichen Verhandlung in das Präparatorium gehörende Behauptungen, Beweismittel und Beweiseinreden im Fall gegnerischen Einspruchs nur nachgeholt werden, wenn von der Partei glaubhaft gemacht wird, dass sie von denselben zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens keine Kenntniss hatte [1]). Wenn nun die Partei mit der Glaubhaftmachung nicht durchdringt und die Neuerungen zurückgewiesen werden, so steht ihr gegen diesen Beschluss abgesonderter Recurs zu (§. 514 Abs. 1 C.P.O.). Ist er in Rechtskraft erwachsen, so sind die Neuerungen auch von dem Berufungsverfahren ausgeschlossen. Dasselbe gilt von vornherein von den im Abs. 1 des §. 263 C.P.O. erwähnten Erklärungen.

Des Zusammenhangs wegen mag hier noch die Frage aufgeworfen werden, ob die Partei, welche erst nach Schluss der erstinstanzlichen Verhandlung von in das vorbereitende Verfahren gehörenden Neuerungen Kenntniss erlangt, deren Zulassung noch im Berufungsverfahren, die im §. 263 Abs. 2 geforderte Glaubhaftmachung vorausgesetzt, erwirken kann? Ich möchte diese Frage bejahen, wenn nur die Neuerungen solche sind, welche an und für sich, d. h. abgesehen von ihrer Versäumung vor dem vorbereitenden Richter, in der Berufungsinstanz zulässig wären.

---

1) Gegen die enge Fassung des §. 263 Abs. 2 C.P.O. Ascher, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1898, Nr. 3, S. 22 Anm. 1.

Wir kommen endlich auf unser Hauptthema — die Schranken zu sprechen, welche unsere Civilprocessordnung für die Anbringung von Noven in der Berufungsinstanz aufgerichtet hat. Schon oben wurde bemerkt, dass sie theils materieller, theils formeller Natur sind.

Zunächst sollen die materiellen Schranken erörtert werden. Das Gesetz kennt deren zwei. Die eine ist im §. 482 Abs. 2 C.P.O. statuirt und besteht darin, dass die Neuerungen an die geltend gemachten Berufungsgründe angeknüpft sein müssen. Die zweite enthält der §. 482 Abs. 1 C.P.O., welcher bestimmt, dass in zweiter Instanz kein neuer Anspruch und keine neue Einrede erhoben werden darf. Daraus folgt mit Nothwendigkeit, dass alle Neuerungen ausgeschlossen sind, welche zur Darthuung oder Bestreitung neuer Ansprüche dienen oder als Einreden zu qualificiren wären.

Nach dem §. 482 Abs. 2 C.P.O. dürfen in der mündlichen Berufungsverhandlung neue Thatumstände und Beweise nur zur Darthuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe vorgebracht werden. Um diese Bestimmung würdigen zu können, ist es nothwendig, auf den Begriff der Berufungsgründe einzugehen.

Im Gesetz ist er leider nicht definirt, nicht einmal exemplificirt. Aber er lässt sich durch Vergleichung mit dem analogen Begriff der Revisionsgründe ermitteln. Diese sind im §. 503 C.P.O. mit wünschenswerther Genauigkeit taxativ aufgezählt. Ihnen ist ein in die Augen springendes Merkmal gemeinsam, von dem man füglich annehmen darf, dass es auch den Berufungsgründen eigen sein muss. Sie erscheinen nämlich als Missgriffe, welche der untere Richter bei der Schöpfung des Urtheils oder in dem vorausgegangenen Verfahren begangen hat. Hienach kann man die Berufungsgründe definiren als Fehler, welche dem Richter erster Instanz bei der Schöpfung des Urtheiles oder in dem vorausgegangenen

Verfahren unterlaufen sind[1]). Die Partei, welche sich durch dieselben beschwert fühlt, gründet auf sie ihre Berufung, genauer ihren Berufungsantrag, d. h. ihren Antrag auf Abänderung oder Aufhebung des fehlerhaften Urtheils oder auf Aufhebung des fehlerhaften Verfahrens.

Die Berufungsgründe sind im Gesetze nicht taxativ aufgezählt. Daraus ist zu folgern, dass kein Missgriff, der überhaupt geeignet ist, die Partei zu beschweren (gravamen), d. h. ihre rechtliche Situation zu verschlechtern, von der Geltendmachung mittelst des Rechtsmittels der Berufung ausgeschlossen ist. Die Fehler, welche einem Richter unterlaufen können, sind höchst mannigfaltig. Das kann bei einem so complicirten Rechtsorganismus, wie derjenige ist, welcher das moderne Rechtsleben beherrscht, nicht anders sein. Immerhin lassen sich die häufigsten Missgriffe auf gewisse Typen zurückführen und in Gruppen bringen. Das Gesetz selbst hat dies anerkannt, indem es wenigstens innerhalb des Gebietes der als Revisionsgründe in Betracht kommenden Irrthümer eine solche Sichtung, und zwar im §. 503 C.P.O., vornahm. Wir wollen nun, und zwar nach dem Muster dieses Paragraphen, etwas Aehnliches bezüglich der Berufungsgründe versuchen. Hiebei wird sich auch zeigen, welche Fehler nur als solche und nicht auch als Revisionsgründe anerkannt sind, mit anderen Worten, inwieweit der Begriff der Berufungsgründe über den der Revisionsgründe hinausgeht.

Der Fehler kann entweder darin bestehen, dass sich der Richter bei der Beurtheilung des meritum causae selbst vergriffen, also in judicando geirrt, oder darin, dass er eine Vorschrift der Civilprocessordnung verletzt oder vernachlässigt, also einen Verstoss in procedendo gemacht hat. Demgemäss zerfallen die denkbaren Fehler in zwei Hauptkategorien, materielle und formelle.

---

[1]) Stross, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1898, Nr. 2, S. 12; »Beantwortung der Fragen«, S. 81, Punkt 3 zu §. 462 C.P.O.

Was zunächst die materiellen (errores in judicando) anbelangt, so hängt die richtige Beurtheilung einer Sache von zwei Voraussetzungen ab: erstens von der richtigen Beurtheilung des Thatbestandes, welcher dem concreten Rechtsfalle zu Grunde liegt, und zweitens von der klaren Erkenntniss der Rechtsregeln, welche auf diesen Thatbestand Anwendung finden sollen. Jedem irrigen Urtheil wird daher immer entweder ein thatsächlicher Irrthum (error facti) oder ein rechtlicher Irrthum (error juris) oder eine Verbindung beider zu Grunde liegen.

Der rechtliche Irrthum (vgl. §. 503 Z. 4 C.P.O.) kann entweder bestehen in einer unrichtigen Auslegung der auf den concreten Fall passenden Gesetze oder in der Anwendung unpassender Gesetze.

Der thatsächliche Irrthum kann zunächst darin bestehen, dass der Richter das thatsächliche und Beweismaterial, welches in der Verhandlung vorgekommen ist, unrichtig auffasst, dass er also Thatsachen als erwiesen oder als unerwiesen betrachtet, obgleich der Inhalt der Verhandlung bei Anwendung der richtigen Rechts- und Erfahrungssätze das Gegentheil ergeben würde (vgl. §. 503 Z. 3 C.P.O.).

Dann kann aber der thatsächliche Irrthum auch darin bestehen, dass der Richter Thatsachen, welche in der Verhandlung erörtert wurden, als wahr oder unwahr angenommen hat, weil Beweismittel oder Beweismängel übersehen wurden, welche, wenn sie in die Verhandlung einbezogen worden wären, die Unwahrheit oder Wahrheit dargethan hätten.

Endlich kann der thatsächliche Irrthum auch darin bestehen, dass Thatsachen, welche zu dem von der Rechtsregel vorausgesetzten Thatbestand zu gehören scheinen, sammt den zu ihrem Beweis etwa erforderlichen Beweismitteln in der Verhandlung gar nicht erörtert wurden (§. 496 Z. 3 C.P.O.).

In einem lediglich von der Verhandlungsmaxime beherrschten Processsystem mag man wohl Bedenken tragen, in

den beiden zuletzt genannten Fällen einen Irrthum oder Fehler des Richters anzunehmen. Denn dort haben die Parteien, und nur sie, die Verantwortung für die Lückenhaftigkeit des Verhandlungsinhaltes. Das ist aber, wie schon oben bemerkt wurde, nicht der Standpunkt unserer Civilprocessordnung, wenngleich sie die Verhandlungsform beibehalten hat. Nach derselben ist vielmehr der Richter kraft seines materiellen Processleitungsamtes verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die Sache erschöpfende Erörterung finde (§. 180 Abs. 3 C.P.O.) und in der mündlichen Verhandlung darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen thatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben vervollständigt, die Beweismittel bezeichnet oder die angebotenen Beweise ergänzt werden (§. 182 Abs. 1 C.P.O.), eine Neuerung, welche nebenbei bemerkt, auch die sog. Syndicatshaftung über das bisher gewöhnte Mass weit hinaus erstreckt.

Was die formellen Fehler (errores in procedendo) anbelangt, so bestehen sie in der Verletzung oder Vernachlässigung von Vorschriften der Civilprocessordnung. Sie können sich ereignen bei der Schöpfung des Urtheils oder in dem vorausgehenden Verfahren. Im Uebrigen ist ein erheblicher Unterschied wahrzunehmen zwischen den Vorschriften des materiellen Rechtes und der Processordnung. Während nämlich in dem Bereiche des materiellen Rechtes jeder error juris Berufungsgrund ist, gilt nicht dasselbe von jedem error in procedendo.

Schon das alte Recht hat alle Processgebrechen in drei Gruppen getheilt. Das geschah in Gemässheit der Resolution vom 31. October 1788, J.G.S. Nr. 489, lit. ooo, welche lautet: »Das Appellationsgericht soll zwar bei Erledigung eines Processes auf die beobachteten Förmlichkeiten genau Rücksicht nehmen, die hierin entdeckten Gebrechen gegen die untere Stelle sogleich bemerken, und sie für die Zukunft hintanhalten; wo aber das Gesetz auf die unterlassene Vorschrift

nicht ausdrücklich die Nullität bestimmt, oder wo ungehindert des unterlaufenen Formalitätsgebrechens das Urtheil in der Hauptsache mit Gründlichkeit gesprochen werden kann, da soll sich das Appellationsgericht durch derlei Gebrechen nicht hemmen lassen, Justiz zu leisten, und das richterliche Amt zu handeln.«

Von dem Rechte im Gebiete der allgemeinen Gerichtsordnung wich in einem wichtigen Punkte das der westgalizischen ab, da dem §. 346 dieser Redaction nicht der volle Wortlaut obiger Resolution, sondern lediglich die Worte angehängt sind: »Nur sind diejenigen Gebrechen, welche die Wesenheit der Sache und des Verfahrens nicht ändern, also dass ungehindert derselben das Urtheil in der Hauptsache mit Gründlichkeit geschöpft werden kann, zum Anlass einer Nullitätserklärung nicht zu nehmen, wohl aber hat der obere Richter über die bei Erledigung des Processes bemerkten Fehler dem Richter erster Instanz die Ausstellung zu machen.«

1. Zu der ersten Gruppe gehörten alle Processgebrechen, welche von dem Gesetz ausdrücklich als Nullitätsgründe stigmatisirt waren. Lag ein solches vor, so musste das mangelhafte Verfahren von Amtswegen aufgehoben werden. Und zwar nach der zur allgemeinen Gerichtsordnung erlassenen Resolution unbedingt; nach der westgalizischen freilich nur unter der Voraussetzung, dass die Ordnungswidrigkeit zugleich die Kriterien der ad 2 zu besprechenden an sich trug, es wäre denn, dass das die Nichtigkeit statuirende Specialgesetz imperativ lautete.

2. Die zweite Gruppe wurde gebildet von solchen Processgebrechen, welche zwar nicht ausdrücklich als Nullitätsgründe vom Gesetze stigmatisirt waren, aber, um mit obiger Resolution zu sprechen, hinderten, dass »das Urtheil in der Hauptsache mit Gründlichkeit gesprochen werden« konnte, oder um die Worte der westgalizischen Gerichtsordnung hieher

zu setzen, »welche die Wesenheit der Sache und des Verfahrens änderten, also dass wegen derselben das Urtheil in der Hauptsache nicht mit Gründlichkeit geschöpft werden« konnte. Auch solche Processordnungswidrigkeiten sollten zur Aufhebung des mangelhaften Verfahrens führen, und zwar gleichfalls von Amtswegen. Bekanntlich ist diese generalis clausula nach zwei Richtungen hin zu eng gefasst. Einmal insofern als sie nur von Urtheilen spricht und doch auch bezogen werden muss auf Entscheidungen in merito, welche, wie z. B. die im Besitzstörungsprocess, in der Form eines einfachen Bescheides ergehen. Und zum zweiten, weil Formgebrechen schon zu einer Zeit vorkommen können, wo es sich noch gar nicht bestimmen lässt, ob die später erfliessende Entscheidung von denselben afficirt werden wird. Es hätte also gesagt werden sollen, dass die Processordnungswidrigkeit nur dann die Cassation des Verfahrens nach sich zu ziehen habe, wenn dieselbe die Schöpfung einer gerechten Entscheidung zu verhindern geeignet ist.

3. Zur dritten Gruppe endlich gehörten alle anderen Processgebrechen. Sie hatten die Aufhebung des mangelhaften Verfahrens nicht im Gefolge.

Die neue Civilprocessordnung kennt gleichfalls diese drei Gruppen von Processgebrechen.

1. Zu der ersten Gruppe gehören die in §. 477 C.P.O. aufgezählten Mängel. Liegt einer derselben vor, so hat der höhere Richter die Aufhebung des mangelhaften Verfahrens von Amtswegen auszusprechen, ohne erst zu prüfen, ob der Mangel so wesentlich war, dass er eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderte. Die C.P.O. stellt aber nur diese Mängel als »Nichtigkeiten« in technischem Sinne hin (§§. 477, 478, 494, 503 C.P.O.) und verordnet, dass nur sie von Amtswegen zu berücksichtigen sind. Damit scheint auch die Frage, ob die Aufzählung

in §. 477 C.P.O. eine erschöpfende sei, bejaht zu sein. Dennoch bleibt noch ein kleiner Zweifel übrig. Er betrifft das, was die C.P.O. die Streitanhängigkeit und die Rechtskraft eines die Streitsache betreffenden Urtheiles nennt. Erst in letzter Stunde ist in das Gesetz der Rechtssatz aufgenommen worden, dass diese Processhindernisse von Amtswegen und jederzeit zu berücksichtigen sind. Doch wurde dieses Gebot nur in den §. 240 C.P.O. eingefügt, der schon ein ähnliches, nämlich, dass die Unzulässigkeit des Rechtsweges von Amtswegen und jederzeit zu beachten sei, enthielt. Dagegen unterliess man es, im §. 477 C.P.O., wo es unter Ziff. 4 als Nichtigkeit stigmatisirt ist, »wenn über eine nicht auf den Rechtsweg gehörige Sache erkannt wurde«, die oben genannten Processhindernisse der gleichen Sanction theilhaft werden zu lassen. So ergibt sich die Frage, was Rechtens sei, wenn es erst in der Berufungsinstanz offenbar wird, dass dem in erster Instanz durchgeführten Verfahren die Streitanhängigkeit oder die Rechtskraft im Wege stehen. Hält man sich an den Wortlaut des §. 477 C.P.O. und nur an ihn, so kann der höhere Richter aus diesen Gründen das Verfahren nicht aufheben. Auch der §. 496 Z. 2 C.P.O. ermächtigt ihn hiezu nicht. Denn auch angenommen, dass der Beklagte die exceptio litis pendentis oder rei indicatae geltend macht, die Streitanhängigkeit und die Rechtskraft lassen das Verfahren keinesfalls als so mangelhaft erscheinen, dass eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache ausgeschlossen war. So käme man zu dem Ergebniss, dass rücksichtlich der res iudicata nur die Wiederaufnahmeklage erhoben werden kann, und die lis pendens einfach unberücksichtigt gelassen werden muss. Letzteres kann doch wohl, wenn auch die lis pendens ein nur vorübergehender Zustand ist, der alsbald in die res iudicata übergeht, nicht gewollt sein, und so bleibt nichts anderes übrig, als in analoger Ausdehnung des §. 477 Z. 6 C.P.O. anzunehmen, dass auch die

Processhindernisse der Streitanhängigkeit und der Rechtskraft das trotz derselben durchgeführte Verfahren erster Instanz nichtig im technischen Sinne machen[1]). Eine Sache, die sich schon auf dem Rechtswege befindet oder die gar den Rechtsweg schon zurückgelegt hat, darf eben nicht noch einmal auf den Rechtsweg gebracht werden, gehört also nicht (noch einmal) auf den Rechtsweg.

Mit Recht behauptet Schimm[2]), dass der Berufungsrichter vor Nichtigkeitsgründen, die auf dem unangefochten gebliebenen Theil des Urtheils mühelos zu Tage förderbar wären, das Auge verschliessen muss. Selbst die einzige Ausnahme, die dieser Schriftsteller von dieser Regel gelten lassen will, ist nach meinem Dafürhalten unzulässig. Er sagt:

»Wenn etwa nach Zulass des §. 227 C.P.O. mehrere Ansprüche in einer Klage geltend gemacht wurden, und der obere Richter wahrnehmen sollte, dass der eine oder der andere Anspruch überhaupt nicht auf den Rechtsweg gehört, so dürfte er — wenn auch gerade der Richterspruch hinsichtlich dieses Anspruches ungescholten blieb — dennoch von Amtswegen die Nichtigkeit des Gerichtsverfahrens hinsichtlich dieses Anspruches nach §. 42 Abs. 1 J.N. auszusprechen haben.«

Zunächst ist zu bemerken, dass, falls über die nicht auf den Rechtsweg gehörige Sache rechtskräftig abgeurtheilt ist, nach §. 42 Abs. 2 J.N. nur der oberste Gerichtshof und zwar auf Antrag der obersten Administrativbehörde die Nichtigkeit des durchgeführten gerichtlichen Verfahrens aussprechen kann. Aber auch, wenn das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, hat der Berufungsrichter nicht das

---

[1]) Trutter, Das österreichische Civilprocessrecht, S. 536, 537.

[2]) In der oben S. 3 angeführten Abhandlung, S. 577. Ebenso Trutter, Das österreichische Civilprocessrecht, S. 534, 535, 538; vgl. auch S. 566. »Beantwortung der Fragen ...« ad §. 477 C.P.O. Anderer Meinung v. Fürstl, Die neuen österr. Civilprocessgesetze, S. 688, 689.

Recht, auf die Nichtigkeit desselben Rücksicht zu nehmen, da er mit demselben vorausgesetztermassen gar nicht befasst ist. Dass die Norm des §. 42 Abs. 1 J.N. »ihre Quelle überhaupt nicht im privatrechtlichen Gebiete hat, vielmehr aus Anforderungen öffentlich-rechtlichen Characters entsprungen ist«, beweist nichts für Schimm's Auffassung. Denn auch die Norm des §. 240 Z. 3 C.P.O., dass die Streitanhängigkeit und die Rechtskraft von Amtswegen berücksichtigt werden müssen, ist aus Anforderungen öffentlich-rechtlichen Characters entsprungen, und doch verbietet Schimm selbst dem Berufungsrichter, auf diese Processhindernisse Rücksicht zu nehmen, wenn sie den unangefochten gebliebenen Theil des Urtheils betreffen.

2. Die zweite Gruppe umfasst diejenigen Mängel des Verfahrens, welche, ohne gerade die Nichtigkeit desselben zu bewirken, doch so wesentlich sind, dass sie eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderten. Die C.P.O. spricht von denselben in §. 496 Z. 2. Dass sie von den Nichtigkeitsgründen im technischen Sinne wohl zu unterscheiden sind, erhellt aus der Gegenüberstellung beider Gruppen in §. 503 Z. 1 und 2 C.P.O. Und dass die in Rede stehenden Processordnungswidrigkeiten, im Gegensatz zum alten Rechte, nur auf Antrag zu berücksichtigen seien, ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt, ergibt sich aber aus dem Gegensatz zwischen §§. 471 Z. 5, 494 und 496 C.P.O. [1]).

3. Was endlich Processordnungswidrigkeiten anbelangt, welche weder Nichtigkeiten noch wesentliche Mängel im Sinn des §. 496 Z. 2 C.P.O. sind, so fallen diese, wie nach altem Rechte, unter die Justizaufsicht. Das kommt im neuen Recht viel deutlicher zum Ausdruck, indem im §. 227 der neuen Geschäftsordnung angeordnet ist, dass Ausstellungen, welche

---

[1]) »Beantwortung der Fragen ...« ad §. 462 C.P.O.

nur für das Gericht oder einzelne Beamte bestimmt sind, in der Regel auf einem besonderen Blatt ertheilt werden sollen, welches der Erledigung des Rechtsmittels anzuschliessen ist.

Ziehen wir die Summe aus dem Gesagten, so ergibt sich, dass die wichtigsten Fehler des Erstrichters unter folgende Typen fallen:

1. Es ist die passende Rechtsregel unrichtig ausgelegt oder eine unpassende Rechtsregel angewendet worden (vgl. §. 503 Z. 4 C.P.O.).

2. Es ist eine erhebliche Thatsache als wahr oder unwahr angenommen worden, obgleich sich aus der Verhandlung bei Anwendung der richtigen Sätze des Rechtes, der Logik und der Erfahrung das Gegentheil ergibt (vgl. §. 503 Z. 3 C.P.O.).

3. Es sind erhebliche Beweismittel oder Beweismängel in der Verhandlung übergangen worden.

4. Es sind erhebliche Thatsachen in der Verhandlung übergangen worden.

5. Es ist eine Nichtigkeit unterlaufen (vgl. §. 503 Z. 1 C.P.O.).

6. Es ist ein anderer wesentlicher Processverstoss begangen worden, welcher eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderte (vgl. §. 503 Z. 2 C.P.O.).

Die Fehler ad 1., 2., 3. und 4. erscheinen als materielle, die ad 5. und 6. als formelle Berufungsgründe. Dieselben Typen kommen auch als Revisionsgründe in Betracht, und zwar die formellen ausnahmslos, die materiellen mit Ausnahme derjenigen ad 3. und 4. (Ausserachtlassung von erheblichen Thatsachen, Beweisen und Beweismängeln, sog. appellatio ex capite novorum) (§. 503 C.P.O.).

So viel zur Bestimmung des hochwichtigen, das ganze Neuerungsrecht tragenden Begriffes der Berufungsgründe.

Welche Rolle nun spielen die Berufungsgründe bei Einschränkung des jus novorum in der Berufungsinstanz?

Der §. 482 Abs. 2 C.P.O. sagt, dass nur zur Darthuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe neue Thatumstände und Beweise vorgebracht werden dürfen. Hiemit ist zu vergleichen der §. 467 Z. 4 C.P.O., welcher von dem thatsächlichen Vorbringen und den Beweismitteln spricht, durch welche die Wahrheit der Berufungsgründe erwiesen werden kann, und der §. 468 Abs. 2 C.P.O., wo von neuen Umständen und Beweisen die Rede ist, welche zur Widerlegung dieser Anfechtungsgründe benutzt werden wollen.

Zunächst ist zu ermitteln, ob bei allen oben genannten Fehlertypen neues thatsächliches und Beweismaterial in Betracht kommen kann.

ad 1. Wenn es sich darum handelt, darzuthun oder zu widerlegen, dass die passende Rechtsregel unrichtig ausgelegt oder eine unpassende Rechtsregel angewendet worden ist, so hat dies lediglich durch sog. Rechtsdeductionen zu geschehen. Bei der Ermittlung des wahren Sinnes einer Rechtsregel und bei der Ermittlung der richtigen Rechtsregel ist das Gericht auf das von den Parteien dargebotene Material nicht beschränkt; es hat vielmehr alle zu diesem Zwecke ihm nöthig scheinenden Erhebungen von Amtswegen einzuleiten (§. 271 C.P.O.). Hieraus folgt mit Nothwendigkeit, dass den Parteien bei der Beibringung des zu diesem Zwecke geeigneten Materials keinerlei Schranke auferlegt ist.

ad 2. Wenn eine erhebliche Thatsache als wahr oder unwahr angenommen worden ist, obgleich sich aus der Verhandlung das Gegentheil ergibt, so braucht das Raisonnement über die Grenzen des vorhandenen thatsächlichen und Beweismaterials nicht hinauszugehen.

ad 3. Wenn es sich aber darum handelt, eine in der

Verhandlung erörterte Thatsache, welche vom Erstrichter propter inopiam probationum als wahr oder unwahr angenommen wurde, mit neuen Beweismitteln oder Beweismängeln als unwahr oder wahr darzuthun, so sind diese vorzulegen.

ad 4. Wenn es sich ferner darum handelt, dass eine erhebliche Thatsache in der Verhandlung übergangen wurde, so ist jedenfalls eben diese neue Thatsache vorzubringen. Reicht das vorhandene Processmaterial nicht aus, ihre Wahrheit oder Unwahrheit zu erweisen, so sind zu diesem Zwecke auch neue Beweismittel anzuführen.

ad 5. und 6. Wenn eine Nichtigkeit oder ein anderer erheblicher Processverstoss behauptet wird, so ist, sofern sie nicht aus den Processacten appariren, zur Darthuung oder Widerlegung derselben die Vorführung von neuem thatsächlichen und Beweismaterial geboten, bezw. sofern eine Nichtigkeit obwaltet, die ja von Amtswegen festgestellt werden muss, gestattet. Nur dass die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten lediglich durch das Protocoll bewiesen werden kann (§. 215 Abs. 2 C.P.O.).

So viel über die materielle Schranke des §. 482 Abs. 2 C.P.O. Ob sich dieselbe im practischen Leben als wirkungsvoll darstellen wird, ist fraglich. Nach meiner Ansicht ist die Beschränkung, dass man Neuerungen »nur zur Darthuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe« benutzen dürfe, als solche eine ganz wesenlose. Ich kann mein Urtheil nicht besser begründen, als indem ich die trefflichen Worte von Kornfeld, Wort und Schrift, 1895, S. 60 hieher setze [1]: »Es ist ja evident, dass man neue ebensogut wie alte Thatsachen und Beweise im Berufungsverfahren nur zum Zwecke des Berufungsverfahrens vorbringen, bezw. zulassen würde. Zu welchem anderen Zwecke als ,zur Dar-

[1]) Vgl. auch Vorschläge des Subcomités der n.ö. Advocatenkammer, S. 89.

thuung oder Widerlegung der Berufungsgründe' sollte das Parteienvorbringen dienen? Was dem Berufungszwecke nicht dient, entzieht sich von selbst aller Beachtung. Zweckloses Hin- und Herreden hintanzuhalten, liegt schon im Begriffe der Processleitung (§. 180 Abs. 3 C.P.O.). So wenig das Gericht erster Instanz Anführungen und Beweismittel zulassen wird, welche weder die Klage noch die Einrede, resp. Replik und Duplik darzuthun oder zu widerlegen bestimmt sind, ebensowenig wird, auch ohne jenen einschränkenden Beisatz im §. 482 Abs. 2 C.P.O., ein Berufungsgericht jemals daran zweifeln, dass es Neuerungen zurückzuweisen habe, welche für den Berufungszweck ohne Belang sind.«

Bevor ich weitergehe, muss ich mich noch mit einer Auffassung auseinandersetzen, welche dem §. 482 Abs. 2 C.P.O. ein engeres Anwendungsgebiet zuweist, als dies hier geschehen ist. Sie rührt von Schimm her und wird in dessen oben S. 3 citirten Aufsatz »Zur Frage des materiellen Berufungsrechtes der neuen Civilprocessordnung«, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 49 und 50 vertreten.

Nach derselben dürfen nicht alle neuen Thatsachen und Beweise, welche geeignet erscheinen, die Berufungsgründe darzuthun oder zu widerlegen, in der Berufungsinstanz vorgebracht werden. Wenn ein solches Novum schon zur Zeit des Verfahrens erster Instanz bis zu dessen Schlusse existent und dem Berufungswerber bekannt war, so könne er von demselben im Berufungsverfahren keinen Gebrauch mehr machen, weil er mit solchen Nachschüben im Sinne des §. 179 C.P.O. bereits bei Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz präcludirt war, welche Präclusion auch für das Rechtsmittelverfahren fortwirken müsse. Hätte also der Berufungswerber mala fide mit Thatsachen und Beweisen zurückgehalten, um damit in zweiter Instanz vorzurücken, oder hätte er nur aus Lauheit, Versehen oder in der Meinung, dass das betreffende thatsächliche Vorbringen und der

betreffende Beweis ihm ohnehin nicht nützlich sein können, in erster Instanz sich nicht darauf berufen, so könne er in zweiter Instanz davon keinen Gebrauch mehr machen.

Ich glaube, dass der Eingang des §. 179 C.P.O. anders zu verstehen ist. Wenn hier gesagt ist, dass die Parteien bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung neue auf den Gegenstand dieser Verhandlung bezügliche thatsächliche Behauptungen und Beweismittel vorbringen können, so hat dieser Satz, wie der ähnliche des §. 25 des Hofdecretes vom 24. October 1845, J.G.S. Nr. 906, über das alte Summarverfahren nur die Bedeutung, dass jedem Streittheile bis zum Schlusse der Verhandlung gestattet werden müsse, früher ohne Chicane übergangene Thatsachen und Beweismittel nachzuholen. Mit anderen Worten: Die Verhandlung soll nicht mehr unter der Herrschaft der Eventualmaxime stehen, sondern es soll, wie aus dem weiteren Verlauf des Paragraphen erhellt, an ihre Stelle die sog. Gerichtssouveränität treten. Wer will, kann aus unserer Gesetzesstelle auch noch den ganz selbstverständlichen Satz herauslesen, dass nach Schluss der mündlichen Verhandlung und vor der erstinstanzlichen Urtheilsschöpfung früher übergangene Thatsachen und Beweismittel dem erstinstanzlichen Verhandlungsstoff nicht mehr beigefügt werden können. Aber ob in der mündlichen Verhandlung erster Instanz übergangene Thatsachen und Beweismittel in der Berufungsverhandlung nachgeholt werden können oder nicht, darüber spricht sich der Eingang des §. 179 C.P.O. ebensowenig aus, als dies der §. 25 des citirten Hofdecretes that. Auf diese Frage haben wir die Antwort zunächst in den speciellen Bestimmungen über die mündliche Berufungsverhandlung (§§. 482 bis 493 C.P.O.) zu suchen. Da sie aber hier nicht beantwortet ist, ist auf die allgemeinen Bestimmungen über die mündliche Verhandlung, unter deren Begriff eben auch die mündliche Berufungsverhandlung fällt, zurückzugehen (§. 463 Abs. 1 in Verbindung mit §. 259 Abs. 1 C.P.O.). Unter diesen statuirt

der mehrfach citirte §. 179 C.P.O. in seinem weiteren Verlauf, dass solches Vorbringen von dem Gerichte (d. i. hier dem Berufungsgerichte) als unstatthaft erklärt werden kann, wenn es offenbar in der Absicht, den Process zu verschleppen, nicht früher (d. h. in der Verhandlung erster Instanz) vorgebracht wurde und dessen Zulassung die Erledigung des Processes erheblich verzögern würde. Nebenbei sei noch daran erinnert, dass der Richter, wenn er es zulässt, nach §§. 44, 48 und 50 C.P.O. dem Umstande, dass das Vorbringen erst in der Berufungsinstanz erfolgte, in dem Spruche betreffs der Kosten des Rechtsmittelverfahrens oder des gesammten Verfahrens Rechnung tragen kann [1]).

Auch noch eine andere kleine Abschweifung möge mir gestattet werden. Sie beschäftigt sich mit einem im Begriff des Neuerungsrechtes gelegenen Element, das gewöhnlich unbeachtet gelassen wird und sich am besten in diesem Zusammenhange beleuchten lässt.

Meines Erachtens gehört es zum Wesen des Neuerungsrechtes in der Rechtsmittelinstanz, dass die Partei nicht bloss befugt ist, die neuen Thatumstände und Beweise in der höheren Instanz vorzubringen, sondern dass auch gleich hier auf Grund des so erweiterten Materials erkannt wird.

Wir wollen nun sehen, ob dieses Moment dem im §. 482 Abs. 2 C.P.O. anerkannten Neuerungsrechte eigen sei. Hiebei wird es sich empfehlen, von den formellen Berufungsgründen auszugehen und erst später die materiellen ins Auge zu fassen.

Formelle Berufungsgründe sind die von Amtswegen zu beachtenden Nichtigkeiten des §. 477 und die wesentlichen Mängel des §. 496 Z. 2 C.P.O., als »welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderten«.

---

[1]) Stross, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1898, Nr. 2, S. 13.

Das den Parteien zur Darthuung oder Widerlegung dieser Berufungsgründe gewährte Neuerungsrecht besitzt das in Rede stehende Kriterium. Denn es ist in allen Fällen der Berufungsrichter, vor welchem die neuen Thatumstände erörtert und die neuen Beweise unmittelbar oder mittelbar aufgenommen werden und welcher über den Bestand der Nichtigkeiten oder anderen Formgebrechen erkennt. Eine Remission tritt erst ein, wenn der Berufungsrichter denselben bejaht und das erstrichterliche Erkenntniss und nöthigenfalls auch das demselben vorangehende Verfahren aufgehoben hat. Das gilt zweifelsohne von den Nichtigkeiten des §. 477 C.P.O. wegen §. 478 C.P.O., muss aber auch von §. 496 Z. 2 C.P.O. gesagt werden, wenngleich hier nicht ausdrücklich von der Aufhebung der erstinstanzlichen Verhandlung und Urtheilsfällung die Rede ist.

Nicht so einfach stellt sich die Sache bei den materiellen Berufungsgründen dar. Nehmen wir zunächst an, es werde eine erheblich scheinende, in erster Instanz gar nicht erörterte, Thatsache nachzuholen gesucht. Hier hat sich der Berufungsrichter zwar eine Ansicht darüber zu bilden, ob dieselbe nach seiner juristischen Auffassung wirklich relevant sei, im Bejahungsfalle aber die Sache an das Processgericht erster Instanz zur Verhandlung über diese Thatsache und neuerlichen Urtheilsfällung zurückzuweisen (§. 496 Abs. 1 Z. 3 C.P.O.), wobei der untere Richter an die Rechtsansicht des oberen gebunden ist (§. 499 Abs. 2 C.P.O.). Diese Remissionspflicht ist wenigstens die Regel. Doch kann das Berufungsgericht statt der Zurückverweisung die in erster Instanz gepflogene Verhandlung selbst ergänzen und mit der Urtheilsschöpfung selbst vorgehen. Das Berufungsgericht hat hier der Individualität des Falles Rechnung zu tragen und sich zu fragen, ob die Remission nach seinem Ermessen geeignet erscheint, die Erledigung zu beschleunigen oder einen erheblichen Kostenaufwand zu vermeiden. Nur wenn beide Parteien überein-

stimmend darauf antragen, braucht es sich diese Frage nicht vorzulegen [1]).

Dagegen ist es zur Remission überhaupt nicht berechtigt, wenn es sich nicht um neue Thatsachen, sondern nur um neue Beweismittel handelt. Arg. a contrario aus §. 496 Abs. 1 Z. 3 C.P.O., welcher nur von Thatsachen spricht. In diesem Falle muss der Berufungsrichter selbst die Verhandlung durch die nachgeschobenen erheblichen Beweise ergänzen und sohin auf der so erweiterten Grundlage das Urtheil, je nach dem Ergebniss, abändern oder bestätigen. Diese Ergänzungsverhandlung ist selbstverständlich keine erstinstanzliche, sondern Berufungsverhandlung [2]).

Nach diesen Abschweifungen wollen wir endlich die im §. 482 Abs. 1 C.P.O. statuirte materielle Schranke ins Auge fassen.

Auch die deutsche Civilprocessordnung hat einen Grundsatz aufgestellt, welcher eine erhebliche Einschränkung der Zulässigkeit neuen thatsächlichen und Beweisvorbringens in der höheren Instanz in sich schliesst. Er ist an zwei Stellen des genannten Gesetzes zum Ausdruck gebracht, im §. 489 D.C.P.O., wo eine Aenderung der Klage, und im §. 491 Abs. 2 D.C.P.O., wo die Erhebung neuer Ansprüche in der Berufungsinstanz für unstatthaft erklärt werden, und zwar nach der ursprünglichen Fassung selbst bei Einwilligung des Gegners. Demgemäss sind dort wenigstens solche Neuerungen verboten, welche dazu dienen sollen, eine unzulässige Klageänderung oder neue Ansprüche zu begründen oder zu bekämpfen. Es ist nunmehr zu untersuchen, ob der gleiche Grundsatz, welcher sich etwa dahin formuliren lässt, dass die res in iudicium deducta in der zweiten Instanz nicht geändert oder erweitert werden dürfe, auch das österreichische Berufungsverfahren beherrscht.

---

[1]) Anders R. Pollak, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1897, Nr. 52, S. 410.

[2]) R. Pollak, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1897, Nr. 52, S. 409, 410. Unrichtig »Beantwortung der Fragen . . .« S. 85.

Den oben citirten Stellen aus dem deutschen Gesetze in ihrer bisherigen Fassung entsprechen zwei ähnliche in der österreichischen Civilprocessordnung, nämlich §. 483 Abs. 3, wo eine Aenderung der Klage, und §. 482 Abs. 1, wo »neue Ansprüche«, mit alleiniger Ausnahme des Anspruches auf Erstattung der Kosten, überdies aber »neue Einreden« ausgeschlossen werden.

Der principielle Unterschied zwischen dem deutschen und österreichischen Rechte springt in die Augen: nur das letztere verbietet »neue Einreden«, das erstere nicht.

Lassen wir vorerst dieses dem österreichischen Rechte eigenthümliche Verbot »neuer Einreden« bei Seite, um das, was die Literatur des deutschen Rechts, insbesondere Wach, Vorträge, 2. Aufl. 1896, S. 262—264 über die beiden Rechten gemeinschaftlichen Verbote beibringt, zum Ausgangspunkt nehmen zu können.

Zunächst von dem Verbote der Klageänderung. Zur Rechtfertigung desselben bemerkte die Begründung des Entwurfes zur deutschen C.P.O. (S. 305): »Würde eine Aenderung der Klage gestattet, so würde gegen das öffentliche Interesse der Ordnung des Verfahrens ein Rechtsstreit verhandelt werden, welcher nicht in erster Instanz verhandelt ist«, eine Rechtfertigung, die, nebenbei bemerkt, auch das Verbot der Erhebung neuer Ansprüche stützt [1]). Was die verbotene Klageänderung anbelangt, so ist es als eine solche nach §. 235 Abs. 4 der österreichischen C.P.O. nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes die thatsächlichen Angaben der Klage und die in derselben angebotenen Beweise geändert, ergänzt, erläutert oder berichtigt

---

[1]) Nach der Begründung des Entwurfes eines Gesetzes betreffend Aenderungen der Civilprocessordnung zu Art. 1, §§. 489, 491 hat das öffentliche Interesse an der Ordnung des Instanzenzugs gegen den übereinstimmenden Wunsch der Parteien, die Sache in dem anhängigen Rechtsstreite zum Austrag zu bringen, unbedenklich (?) zurückzutreten.

werden. Es ist also gestattet, in der Berufungsinstanz ohne Aenderung des Klagegrundes die thatsächlichen Angaben der Klage und die in derselben angebotenen Beweise zu ändern, zu ergänzen, zu erläutern und zu berichtigen, vorausgesetzt nur, dass dies zur Darthuung oder Widerlegung der Berufungsgründe erforderlich ist (§. 482 Abs. 2 C.P.O.). Ferner ist es nach der citirten Gesetzesstelle als verbotene Klageänderung nicht anzusehen, wenn, gleichfalls ohne Aenderung des Klagegrundes, das Klagebegehren in der Hauptsache oder in Beziehung auf Nebenforderungen beschränkt oder statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird. Demnach ist es nicht verboten, Neuerungen vorzubringen, um z. B. zu zeigen, dass an die Stelle des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer oder das Interesse getreten ist, oder dass sich die Feststellungsklage zur Leistungsklage entwickelt hat, aber immer nur unter der Voraussetzung, dass dies zur Darthuung oder Bekämpfung der Berufungsgründe erforderlich ist (§. 482 Abs. 2 C.P.O.).

Die im Gebiete der deutschen C.P.O. aufgeworfene Frage, ob der siegreiche Kläger zum Zwecke der Erweiterung seines Klageanspruches Berufung erheben könne [1]), ist wohl auch nach österreichischem Rechte zu verneinen. Eine solche Berufung wird als unzulässig (§§. 471 Z. 2, 472 Abs 1 C.P.O.) schon im Vorverfahren verworfen werden müssen (§. 474 Abs. 2 C.P.O.).

Nun von dem Verbot der Erhebung neuer Ansprüche nach §. 482 Abs. 1 C.P.O. Neue Ansprüche in diesem Sinne sind nach Wach »mit der Tendenz rechtskräftiger Entscheidung auftretende Rechtsbehauptungen«. Es fällt also unter den Begriff des Anspruchs in diesem Zusammenhang nicht bloss der auf eine Leistung im weiteren Sinne (Handlung, Duldung oder

---

[1]) Wach a. a. O. S. 262, Anm. 1.

Unterlassung) des Gegners gerichtete Anspruch, wie z. B. der Entschädigungsanspruch des §. 408 C.P.O., sondern auch der sog. Feststellungsanspruch nach §§. 236 und 259 C.P.O. Präjudicialincidentklagen und Widerklagen können hienach in der Berufungsinstanz nicht mehr neu erhoben werden, präjudicielle Streitpunkte also, wenn der erforderliche Antrag nicht bereits in der ersten Instanz gestellt worden ist, in der Berufungsinstanz nicht mehr mit der Wirkung selbständiger materieller Rechtskraft (§. 411 C.P.O.) entschieden werden. Im Princip ist es gleichgiltig, ob der Anspruch von dem Kläger oder dem Beklagten erhoben wird, er muss nur von der Art sein, dass er von der Rechtskraft der Entscheidung erfasst wird.

Demnach ist auch die Erhebung eines Anspruches mittelst Widerklage in der Berufungsinstanz ganz und gar unzulässig, ein Verbot, welches übrigens schon aus §. 96 Abs. 2 J.N. abgeleitet werden kann. Diese Gesetzesstelle scheint nämlich von der stillschweigenden Voraussetzung auszugehen, dass eine Widerklage nur in erster Instanz anhängig gemacht werden darf [1]).

Unter das Verbot der Erhebung neuer Ansprüche fällt aber nicht die Geltendmachung von Einreden, nicht einmal von rechtsverfolgenden. Denn hier wird das Recht nur zum Zwecke der Vertheidigung verwerthet, und die Entscheidung über die Einrede beschreitet nie die Rechtskraft. Eine Ausnahme macht nur die exceptio compensationis (§. 411 C.P.O.), es wäre denn, dass der Beklagte erklärt, sie nur als Einrede zu erheben und auf die Geltendmachung derselben als Anspruch zu verzichten [2]), in welcher abgeschwächten Function sie übrigens nach österreichischem Rechte unter

[1]) Selbstverständlich kann auch ein Anspruch nicht mittelst Hauptinterventionsklage (§. 16 C.P.O.) erst in der Berufungsinstanz erhoben werden. Sagt doch §. 94 J.N. deutlich, dass diese Klage in erster Instanz anzubringen ist, auch wenn der Process in höherer schwebt.

[2]) Jurist. Blätter, 1898 Nr. 10, S. 111.

das Verbot neuer Einreden fällt, von dem gleich die Rede sein wird.

Unsere bisherigen Betrachtungen ergeben, dass nach deutschem und österreichischem Rechte unzulässig sind alle Neuerungen, die dazu dienen, Anträge zu stützen, welche eine Aenderung oder Erweiterung der res judicata bewirken sollen Der Grund hievon liegt darin, dass diese Anträge selbst verboten sind. Uebrigens besteht dieses Verbot auch dann, wenn sie durch schon in erster Instanz vorgelegenen Processstoff fundirt werden könnten.

Wir kommen jetzt auf das früher zurückgestellte, dem österreichischen Recht eigenthümliche Verbot »neuer Einreden«. Unsere C.P.O. ist durch die Aufstellung desselben in der Zurückdrängung von Noven weiter gegangen, als die deutsche; denn indem das österreichische Gesetz die von dem deutschen zugelassenen neuen Einreden ausschliesst, schliesst es auch Alles aus, was zur Geltendmachung derselben erforderlich ist. Um die Tragweite unseres Verbotes bestimmen zu können, wollen wir ermitteln, was Alles unter Einreden im §. 482 Abs. 1 C.P.O. gemeint ist. Vor Allem darf angenommen werden, dass die früher sog. processhindernden und die Beweiseinreden nicht unter den Begriff der Einrede im Sinne der citirten Gesetzesstelle fallen. Das ist bezüglich der sog. Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts (exceptio fori sc. incompentis), soweit sie durch Prorogation nicht sanirt werden kann, der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Streitanhängigkeit (exceptio litis pendentis) und der rechtskräftig entschiedenen Streitsache (exceptio rei judicatae) ganz zweifellos. Denn diese sog. Einreden werden nur mit Unrecht als solche bezeichnet, da sie nach österreichischem Recht jeder Zeit von Amtswegen zu berücksichtigen sind. Daraus folgt selbstverständlich, dass es nicht verboten sein kann, sie auch noch im Berufungsverfahren anzuregen (§§. 240 Abs. 2 und 3, 477 Z. 3, 494 C.P.O.). Aber auch die Beweiseinreden sind nicht

als Einreden nach §. 482 Abs. 1 C.P.O. anzusehen. Das sind bekanntlich Einwendungen gegen die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der gegnerischen Beweismittel. Dass diese in der Berufungsinstanz nachzuholen, durch die citirte Gesetzesstelle nicht verboten wird, folgt aus einem argumentum a maiore ad minus. Es ist nämlich daselbst nicht untersagt, neue Beweismittel vorzubringen. Wenn es nun zulässig ist, neue Beweismittel vorzubringen, so muss es um so eher zulässig sein, neue Beweiseinreden geltend zu machen. Somit steht die mehrfach citirte Gesetzesstelle nicht im Wege, erst im Berufungsverfahren darzuthun, dass eine Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht ist oder dass ein Zeuge sich einer falschen Aussage schuldig gemacht habe u. s. w. Diese Auffassung ist wohl nicht dadurch ausgeschlossen, dass zu demselben Zwecke auch der Rechtsbehelf der Wiederaufnahmeklage nach §. 530 Z. 1 und 2 C.P.O. zu Gebote steht.

Mithin dürfte unser Verbot nur meritale Einreden vor Augen haben.

Dass in dem §. 482 Abs. 1 C.P.O. die »neue Einrede« dem »neuen Anspruche« an die Seite gestellt ist, legt den Gedanken nahe, das Wort »Einrede« in einem engeren, die rein thatsächliche Vertheidigung ausschliessenden Sinne zu verstehen. In dieser Bedeutung ist Einrede, um mich der Definition von Krainz, System des österr. allg. Privatrechtes, 2. Aufl., Bd. 1, 1894, S. 405, 406 zu bedienen, ein dem an sich begründeten Klageanspruch entgegentretender Gegenanspruch, der da bewirkt, dass der erstere nicht mit Erfolg geltend gemacht werden kann. Nach dieser im modernen Rechte nicht haltbaren Theorie beruht die Einrede entweder auf einem dem Klageanspruche entgegenstehenden Rechte des Verpflichteten oder auf einer blossen Thatsache, welche gleichwohl einen Anspruch auf Nichtgeltendmachung des Klageanspruches gewährt. Hätte das Gesetz diesen Einredebegriff vor Augen, dann wäre durch §. 482 Abs. 1 C.P.O. die Ein-

wendung von neuen sog. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatumständen in der Berufungsinstanz nicht verboten.

Allein ich halte dafür, dass die C.P.O. das Wort »Einrede« in einem weiteren Sinne nimmt. Schon aus dem Grunde, weil sonst das Verbot »neuer Ansprüche« genügt hätte, da doch auch neue Gegenansprüche unter diesen Begriff subsumirt werden müssten. In diesem umfassenderen Sinne bezeichnet Einrede jeden von dem Beklagten anzuführenden Thatumstand, welcher den durch die Behauptungen des Klägers prima facie begründet erscheinenden Klageantrag als im concreten Falle unbegründet erscheinen lässt. Unter diesen weiteren Begriff fällt nicht nur die Einrede im engeren, oben angegebenen Sinn, sondern auch die Einwendung von rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen. Ist diese meine Anschauung richtig, dann sind durch das Verbot des §. 482 Abs. 1 C.P.O. auch neue rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen getroffen.

Was ist nun Rechtens, wenn solche als Einreden zu bezeichnende neue Thatumstände, z. B. Zahlung, Erlass u. s. w., zugleich zur Darthuung und Bekämpfung der Berufungsgründe angeführt werden? Hier collidiren die beiden Absätze des §. 482 C.P.O. Nach dem zweiten sind neue Thatumstände zur Darthuung oder Widerlegung der Berufungsgründe zulässig, nach dem ersten sind neue Thatumstände, die sich als Einreden darstellen, unzulässig! Welche Regel geht vor? Nach der ganzen Anlage unseres Berufungsverfahrens jedenfalls die letzte. Das heisst: Die Regel, dass zur Darthuung oder Widerlegung der Berufungsgründe neue Thatumstände angeführt werden dürfen, erleidet insofern eine nicht unerhebliche Einschränkung, als neue Thatumstände, welche sich als Einreden darstellen, zur Darthuung oder Widerlegung von Berufungsgründen nicht verwendet werden dürfen. Dagegen statuirt der Abs. 1 des §. 482 C.P.O. keine Beschränkung des anderen im Abs. 2 ausgesprochenen Satzes, dass zur Dar-

thuung und Widerlegung der Berufungsgründe neue Beweise vorgeführt werden können.

Das Ergebniss unserer Erörterungen ist folgendes. Während nach deutschem Rechte das in erster Instanz vorgebrachte Thatsachen- und Beweismaterial im Berufungsverfahren beliebig vermehrt werden kann und der Vermehrung des Thatsachenmaterials nur die Grenze gezogen ist, dass die res in iudicium deducta nicht erweitert werde, ist im österreichischen Recht zu unterscheiden die Erweiterung des thatsächlichen und die Erweiterung des Beweismaterials. Was die letztere anbelangt, so besteht auch bei uns keine Beschränkung des Satzes, dass zur Darthuung und Widerlegung der Berufungsgründe neue Beweise vorgeführt werden können. Dagegen gestattet das österreichische Recht eine Vermehrung des thatsächlichen Materials nur soweit, als dem in erster Instanz beschafften keine neuen Einreden hinzugefügt werden dürfen. Von dieser Schranke abgesehen, welche kraft einer naheliegenden Analogie auch wohl Repliken, Dupliken und dergleichen umschliesst, gilt als Princip die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens zur Darthuung oder Widerlegung der Berufungsgründe.

Dass dieses Ergebniss practisch von grösster Bedeutung ist, braucht nicht erst ausgeführt zu werden. Es genügt, darauf hinzuweisen, dass es nach dem Gesagten zulässig ist, eine erhebliche Thatsache, die in erster Instanz auf directem Wege zu erhärten nicht gelang, in zweiter Instanz indirect unter Zuhilfenahme von (neuen) Hilfsbeweisthatsachen zu beweisen.

Ich bin nun zu Ende mit der Erörterung der beiden in dem §. 482 Abs. 2 und 1 enthaltenen materiellen Schranken des jus novorum und ihres Verhältnisses zu einander und möchte nur noch ein paar Worte hinzufügen über die Be-

deutung, welche das Wörtchen »nur« im §. 482 Abs. 2 C.P.O. hat.

Dieses Wörtchen findet sich in ähnlichem Zusammenhange im §. 504 Abs. 2 C.P.O. Dort ist seine Tragweite klar. Im Revisionsverfahren sollen Neuerungen nicht zur Unterstützung oder Bekämpfung aller im §. 503 C.P.O. taxativ aufgezählten Revisionsgründe angebracht werden dürfen, sondern nur für und wider die im §. 504 Abs. 2 C.P.O. herausgehobenen.

Im Berufungsverfahren wird in dieser Beziehung zwischen den denkbaren Berufungsgründen nicht unterschieden. Alle können gleichmässig durch Neuerungen dargethan und bekämpft werden, wenn nur, wie wir alsbald sehen werden, der formellen Voraussetzung entsprochen ist, dass sie in der Berufungsschrift in gehöriger Weise bezeichnet wurden. Diese Einschränkung legt den Gedanken nahe, den Berufungsgründen überhaupt, d. h. sowohl den rechtzeitig geltend gemachten als auch den verabsäumten die rechtzeitig geltend gemachten gegenüberzustellen, und dem Gesetz die Absicht unterzulegen, dass es nur für und wider letztere Neuerungen gestatten will. Allein auch diese Deutung ist unrichtig, man müsste höchstens annehmen, dass das Wort Berufungsgründe hier in einem engeren, die Nichtigkeiten ausschliessenden Sinne gebraucht sei, wie im §. 473 Abs. 2 C.P.O. Denn zur Darthuung oder Bekämpfung von Nichtigkeiten können auch dann Neuerungen angebracht werden, wenn sie in der Berufungsschrift noch nicht angegeben worden sind. Sie sind eben von Amtswegen festzustellen. So bleibt nur noch eine Auffassung übrig. Sie geht dahin, das »nur« in Gegensatz zum ersten Absatz des §. 482 C.P.O. zu bringen und anzunehmen, das Gesetz wolle sagen: Zur Darthuung oder Widerlegung neuer Ansprüche und neuer Einreden dürfen Neuerungen nicht vorgebracht werden, selbstverständlich, da deren Erhebung ganz und gar untersagt ist; n u r zur Darthuung und Widerlegung der Berufungsgründe werden sie zugelassen.

Wir lassen jetzt die materiellen Schranken des Neuerungsrechtes bis auf Weiteres auf sich beruhen und wenden uns der formellen zu. Auch sie ist in dem oft citirten §. 482 C.P.O., und zwar im zweiten Absatze erwähnt.

Die mündliche Berufungsverhandlung wird auf das Wirksamste concentrirt durch die Bestimmung im §. 482 i. f. C.P.O., dass auf neues Vorbringen nur dann Rücksicht genommen werden darf, wenn es vorher schriftlich in der Berufungsschrift (§. 467 Z. 4 C.P.O.) oder in der zur Beantwortung derselben dienenden Mittheilung (§. 468 Abs. 2 C.P.O.) dem Gegner (und dem Gerichte) angekündigt worden war. Kommen also solche Neuerungen erst in der mündlichen Berufungsverhandlung zur Sprache, so dürfen sie nicht zugelassen werden.

Das ist wenigstens die Regel. Von derselben besteht eine wichtige Ausnahme. Sie betrifft die Nichtigkeiten (§. 477 C.P.O.) und die wesentlichen Verfahrensmängel des §. 496 Z. 2 (vgl. §. 503 Z. 2) C.P.O., welche, ohne eine Nichtigkeit zu bewirken, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache verhinderten. Von diesen von mir so genannten formellen Berufungsgründen sind die Nichtigkeiten von Amtswegen zu beachten und festzustellen, die anderen Processmängel wenigstens von Amtswegen festzustellen, wenn sie auch nur auf Antrag des Berufungswerbers beachtet werden dürfen. Daraus folgt, im Widerspruch mit dem allgemein lautenden Text des §. 482 i. f. C.P.O., dass zur Darthuung und Bekämpfung von Nichtigkeiten und geltend gemachten Processmängeln nach §. 496 Z. 2 C.P.O. Neuerungen auch erst in der mündlichen Berufungsverhandlung angebracht werden können.

Allein man kann nicht behaupten, dass diese Ausnahme der angestrebten Concentration in erheblichem Masse im Wege stehe. Wir müssen uns vor Augen halten, dass nach unserer Civilprocessordnung das Verfahren vor dem Berufungsgerichte in zwei Abschnitte zerfällt, indem der mündlichen Berufungs-

verhandlung ein Vorverfahren vorausgeht. Zweck des letzteren ist es, die mündliche Berufungsverhandlung dadurch zu entlasten, event. zu erübrigen, dass die Berufungsacten vorerst insbesondere nur unter dem Gesichtspunkt geprüft werden, ob die Berufung processualisch zulässig sei (§. 471 Z. 1, 2, 3 C.P.O.) und ob das erstrichterliche Verfahren an einer Nichtigkeit (§. 471 Z. 5 und 7 C.P.O.) leide. Angesichts dieser Prüfung darf man annehmen, dass die meisten, auch von der Partei nicht geltend gemachten Nichtigkeitsgründe schon im Vorverfahren erledigt werden. Immerhin ist aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass erst aus Anlass der mündlichen Berufungsverhandlung eine bisher unbeachtet gebliebene Nichtigkeit aufkommt, wie aus §. 494 C.P.O. ersichtlich ist. Dann wird, wenn die Beweise zur Feststellung derselben nicht zur Hand sind, eine Vertagung allerdings unvermeidlich sein. Was endlich die Processgebrechen des §. 496 Z. 2 C.P.O. anbelangt, so müssen sie in der Berufungsschrift angegeben sein. Dadurch ist der Vorsitzende des Berufungssenates in die Lage gesetzt, schon bei Anberaumung der Tagsatzung zur mündlichen Berufungsverhandlung nach §. 481 C.P.O. das Erforderliche zu veranlassen, damit eine Vertagung hintangehalten werde.

Kehren wir nun zu unserer Regel zurück. Insoweit die von mir sog. materiellen Berufungsgründe (errores in iudicando) in Betracht kommen, sind also die Berufungsschrift und die zu ihrer Beantwortung dienende Mittheilung nicht nur vorbereitende, sondern bestimmende Schriftsätze. Ja sie bestimmen nach dem Gesagten den Inhalt der mündlichen Berufungsverhandlung viel peinlicher, als etwa der Klageschriftsatz die erstinstanzliche mündliche Verhandlung bestimmt: »der Kläger ist in seinem thatsächlichen Vorbringen bei der mündlichen Verhandlung nur insoweit beschränkt, als der Klageanspruch in Frage steht; ob eine thatsächliche Anführung bereits in der Klage enthalten war oder nicht, ist gleich-

giltig; im Berufungsverfahren dagegen ist der Inhalt der mündlichen Verhandlung auch in Beziehung auf Thatsachen und deren Beweis durch die zwei Berufungsschriftsätze bestimmt« [1]).

Die Neuerungen sind in den Berufungsschriften mit den ausdrücklich oder durch deutliche Hinweisung einzeln anzuführenden (§§. 465 Abs. 2, 471 Z. 3 C.P.O.) Berufungsgründen zu verknüpfen, zu deren Darthuung oder Widerlegung sie dienen sollen (§§. 465 Abs. 2, 467 Z. 4, 468 Abs. 2 C.P.O.). Die in der Berufungsschrift angegebenen Berufungsanträge und -Gründe sind principiell unabänderlich. Das heisst, sie dürfen in der mündlichen Verhandlung weder erweitert noch durch andere ersetzt werden. Nur dann ist von dem Princip abzusehen, wenn der Gegner einwilligt oder, ohne gegen die Aenderung Einsprache zu erheben, über die neu geltend gemachten Berufungsanträge und -Gründe verhandelt (§. 483 C.P.O.). Selbst wenn in der Berufungsschrift kein oder kein bestimmter Berufungsantrag enthalten ist, oder die Berufungsgründe weder ausdrücklich noch durch deutliche Hinweisung einzeln angeführt sind und der Mangel erst bei der mündlichen Verhandlung wahrgenommen wird, kann sie verbessert werden, falls der anwesende Berufungsgegner seine Zustimmung ertheilt. Es entsteht nun die Frage, ob zur Darthuung oder Bekämpfung solcher, erst in der mündlichen Verhandlung in zulässiger Weise geltend gemachter Berufungsanträge und -Gründe Neuerungen vorgebracht werden dürfen? Ich wäre geneigt, sie zu bejahen [2]), weil es eine Halbheit zu sein scheint, der Partei die Nachholung von Berufungsgründen zu gestatten, ihr jedoch die Darthuung derselben ganz oder theilweise zu untersagen.

Die Erörterung der materiellen und formellen Schranken,

---

[1]) R. Pollak, Allg. österr. Ger.-Zeitg., 1897, Nr. 51, S. 402 und die daselbst cit. Literatur.

[2]) Ebenso Beck, Zehn Abhandlungen, S. 35.

innerhalb welcher es den Parteien erlaubt ist, neue thatsächliche Behauptungen und Beweise vorzubringen, scheint mir nunmehr erschöpft zu sein. Es ist aber zu bedenken, dass das neue Verfahren nicht mehr ausschliesslich auf der Verhandlungsmaxime beruht, wenngleich es die Verhandlungsform beibehalten hat. Allerdings rechnet auch noch die neue Civilprocessordnung darauf, dass die Parteien, durch ihr eigenes Interesse getrieben, das zur Urtheilsschöpfung erforderliche thatsächliche und Beweismaterial herbeischaffen werden; allein sie sind nicht mehr die alleinigen Factoren der Stoffsammlung, wie in dem ordentlichen schriftlichen Verfahren der alten Gerichtsordnung. Es hat sich zu denselben als dritter Factor das Gericht hinzugesellt, dessen formelles durch ein sehr intensives materielles Processleitungsrecht verstärkt worden ist. Angesichts dieser, übrigens schon durch das ordentliche mündliche Verfahren der Gerichtsordnung und durch das alte Summar- und Bagatellverfahren vorbereiteten Reform fragt es sich noch, ob nicht der Berufungsrichter von Amtswegen Neuerungen heranziehen dürfe, bezw. müsse [1]).

Auch im Berufungsverfahren hat der Richter nicht nur formelle, sondern auch materielle Processleitung. Im §. 463 Abs. 1 C.P.O. heisst es ja, dass auf das Berufungsverfahren die Vorschriften über das Verfahren vor Gerichtshöfen erster Instanz insoweit anzuwenden sind, als sich nicht aus den besonderen Bestimmungen über das Berufungsverfahren Abweichungen ergeben. Die Vorschriften über das Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz finden sich in den §§. 226—430 C.P.O. Zu diesen gehört auch die Bestimmung des §. 259 Abs. 1 C.P.O., welcher besagt, dass die Streitverhandlung nach den allgemeinen Vorschriften über die mündliche Verhandlung erfolgt. Letztere enthält das Gesetz in den §§. 171—203, von denen die §§. 180—192 unter der Rubrik »Processleitung«

[1]) Vgl. zu dem Folgenden die Anregung bei Kornfeld, Berufung und Recurs im mündlichen Civilprocess, Jurist. Blätter, 1897, Nr. 23, S. 267.

stehen. Demgemäss ist die richterliche Processleitung auch in der Berufungsverhandlung nach den zuletzt citirten Paragraphen zu behandeln, es wäre denn, dass die §§. 461—501 C.P.O. Abweichungen anordnen.

Von den in dem Processleitungsamt steckenden Befugnissen, die, wie nicht erst gesagt zu werden braucht, zugleich auch Pflichten sind, für deren Nichterfüllung der Richter verantwortlich ist, kommen hier insbesondere folgende in Betracht.

Vorerst die Befugniss, »durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen thatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben über die zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches geltend gemachten Umstände vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet oder die angebotenen Beweise ergänzt und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsmässigen Feststellung des Thatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche nothwendig erscheinen« (§. 182 Abs. 1 C.P.O.).

Wie steht es mit dieser Befugniss, bezw. Pflicht des Richters im Berufungsverfahren?

Der Anspruch, welcher von dem Berufungswerber geltend gemacht wird, ist Rechtsschutzanspruch, richtet sich also nicht wider den Gegner, sondern das Gericht und geht auf Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen Stückes des Urtheils, bezw. auch Verfahrens (Berufungsantrag). Die Grundlage, auf welcher dieser Anspruch beruht, ist der in erster Instanz unterlaufene Fehlgriff des Richters (Berufungsgrund). Demgemäss müssen wir fragen, ob auch der Berufungsrichter ermächtigt ist, darauf hinzuwirken, dass die erheblichen thatsächlichen Angaben vollständig gemacht und auch die Beweismittel in ausreichendem Masse angegeben werden, welche zur Darthuung oder Widerlegung dieses Anspruches nothwendig erscheinen?

Zunächst ist zu bemerken, dass drei Berufungsgründe hier überhaupt ausser Betracht bleiben, der der unrichtigen juristischen Qualification, der des wesentlichen Verfahrensmangels nach §. 496 Z. 2 C.P.O. und der der Nichtigkeit. Zur Darthuung oder Widerlegung des ersten bedarf es überhaupt keiner thatsächlichen Angaben und Beweise, und was die genannten Verfahrensmängel und die Nichtigkeiten anbelangt, so sind sie ohnedies von Amtswegen festzustellen, die Nichtigkeiten sogar von Amtswegen zu berücksichtigen (§§. 471 Z. 7, 494 C.P.O.).

Im Uebrigen möchte ich die aufgeworfene Frage verneinen. Denn es ergibt sich aus §§. 465 Abs. 3 u. 467 Z. 3 u. 4 C.P.O., dass in der von einem Advocaten signirten Berufungsschrift bez. dem sie vertretenden Protocolle nicht bloss ein bestimmter Berufungsantrag gestellt und die Berufungsgründe genau bezeichnet, sondern auch die für die Berufungsgründe neu vorzubringenden Umstände und Beweise besonders angegeben werden müssen. Und ferner aus §. 468 Abs. 2 C.P.O., dass falls der Berufungsgegner zur Widerlegung neue Umstände und Beweise benutzen will, er das bezügliche thatsächliche und Beweisvorbringen in der binnen einer bestimmten Nothfrist unter ähnlichen Cautelen zu überreichenden Mittheilung bekannt zu geben habe. Und es ist nicht nur dem Berufungsgegner ausdrücklich mit der Präclusion gedroht, sondern auch dem Berufungswerber (verb. »müssen« im §. 467, §. 482 Abs. 2 C.P.O.). Hieran kann es nichts ändern, dass §. 483 Abs. 1 C.P.O. nur davon spricht, dass in der mündlichen Berufungsverhandlung die Berufungsanträge und Berufungsgründe ohne Einwilligung des Gegners nicht erweitert und auch nicht durch andere ersetzt werden dürfen. Denn daraus darf man wohl nicht vermöge eines argumentum e contrario schliessen, dass das ihnen zur Grundlage dienende Vorbringen auch ohne Einwilligung des Gegners erweitert oder durch anderes ersetzt werden kann, und demgemäss der Berufungsrichter befugt ist,

in der oben beschriebenen Weise durch Fragestellung etc. auf den Berufungswerber einzuwirken.

Nun von der unter dem Namen discretionäre Gewalt bekannten Befugniss, bezw. Pflicht des Richters, von Amtswegen Beweismittel heranzuziehen. Durch den §. 183 C.P.O. ist es dem Richter anheimgegeben, die Beschaffung gewisser Urkunden, die Ladung von Zeugen und die Vornahme des gerichtlichen Augenscheins auch dann anzuordnen, wenn sich keine der Parteien auf die betreffenden Beweismittel berufen hat. Bezüglich der Urkunden und Zeugen existirt aber die gesetzliche Schranke, dass dieselben dann nicht herangezogen werden dürfen, wenn sich beide Parteien dagegen erklären, während in Bezug auf die übrigen Beweise eine solche Beschränkung nicht besteht.

Wie verhält es sich mit dieser in unserer C.P.O. der Processleitung angegliederten inquisitorischen Befugniss in der Berufungsinstanz?

Ich glaube, dass auch der Berufungsrichter zur Feststellung der die Berufungsgründe stützenden Thatsachen die discretionäre Gewalt habe. Ein Argument für die Richtigkeit dieser Anschauung scheint mir der §. 488 Abs. 1 C.P.O. darzubieten. Dort ist nämlich gesagt, dass der Berufungssenat ermächtigt ist, die zur Unterstützung oder Bekämpfung der Berufungsgründe dienenden Beweise aufzunehmen, also alle, welche zu diesem Zwecke dienen, nicht bloss die angebotenen.

Nur ist zu untersuchen, wie sich die discretionäre Gewalt zu der eben erwähnten und insbesondere im §. 468 Abs. 2 C.P.O. auf das Unzweideutigste angedrohten Präclusion verhält. Die sich aus demselben ergebende Schwierigkeit ist folgende. Wenn der Berufungsgegner in der rechtzeitig überreichten Mittheilung zur Widerlegung der Berufungsgründe neue Thatsachen und keine oder nicht ausreichende Beweismittel angemeldet hat, so ist er nach der citirten Gesetzesstelle

mit allem weiteren neuen Vorbringen, insbesondere mit weiteren neuen Beweisen präcludirt. Es entsteht nun die Frage: darf der Berufungsrichter, wenn die rechtzeitig angemeldeten Beweise nicht zulangen, weitere von dem Berufungsgegner namhaft gemachte vermöge seines pouvoir discrétionnaire heranziehen? Diese Frage ist übrigens viel allgemeiner zu fassen; denn auch sonst kann sich eine solche Collision zwischen Präclusion und discretionärer Gewalt ergeben. Schliesst die Präclusion der Partei auch die Befugniss des Richters aus, das präcludirte Beweismaterial, soweit sein Inquisitionsrecht besteht, zu benutzen? Man denke nur an den Fall, dass der Richter erster Instanz es für nothwendig findet, im Sinne des §. 263 Abs. 2 C.P.O. im vorbereitenden Verfahren vor dem beauftragten Richter versäumte Beweismittel trotz gegnerischen Widerspruchs heranzuziehen, oder dass gar erst der Richter zweiter Instanz dieses Bedürfniss empfindet. Bei der ganzen Anlage unseres Civilprocesses, welche womöglich die materielle Wahrheit zu ermitteln sucht und die Form dem Inhalt unterordnet, wird wohl das Inquisitionsrecht vor der Präclusion nicht Halt zu machen brauchen.

Da wir nunmehr die Grenzen abgesteckt haben, innerhalb welcher den Parteien und dem Gerichte gestattet ist, neue Thatsachen und Beweise in die Berufungsverhandlung einzuführen, sind wir auch in der Lage, auf zwei Anwürfe zu antworten, welche hie und da gegen die Construction unseres Rechtsmittels in der neuen Civilprocessordnung erhoben wurden. Strenge genommen gehört dies nicht zu der Aufgabe, die wir uns in dieser Abhandlung gesetzt haben. Da sie aber mit dem jus novorum auf das Innigste zusammenhängen, so sei es gestattet, mit ein paar Worten auf sie zu reagiren.

Es wird behauptet, dass sich nach der C.P.O. die Ueberprüfung des erstrichterlichen Urtheils nicht auf dessen objective Richtigkeit oder Richtigkeit in einem absoluten Sinne, d. i. Uebereinstimmung mit dem realen Sachverhalte, sondern

nur auf die subjective Correctheit und Richtigkeit in einem relativen Sinne, d. i. nur darauf erstrecke, ob das erste Gericht auf Grund des ihm vorgelegenen Sachverhaltes, so wie es entschieden hat oder anders hätte entscheiden können und sollen?

Ich, für meinen Theil, halte es für zweifellos, dass die Berufung innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge die Ueberprüfung der objectiven Richtigkeit zur Aufgabe hat.

Der Nachweis hiefür ist nicht schwer zu erbringen. Er ist einmal in den Gesetzesstellen enthalten, welche eine Wiederholung oder Ergänzung in erster Instanz erfolgter Beweisaufnahmen und die Aufnahme daselbst erfolglos angebotener Beweise zulassen (§§. 488, 489 C.P.O.); ferner in denjenigen, welche zur Darthuung und Bekämpfung auch der sog. materiellen Berufungsgründe neue Beweismittel zulassen (§§. 465 Abs. 3, 467 Ziff. 4, 468 Abs. 2, 473 Abs. 2, 482 Abs. 2 und 488), lauter Bestimmungen, die dazu führen können, dass die Ergebnisse der erstinstanzlichen Verhandlung und Beweisführung durch die Berufungsverhandlung eine Berichtigung im Sinne des realen Sachverhaltes erfahren. Und zum zweiten darin, dass nach §. 463 Abs. 1 C.P.O. auch auf das Berufungsverfahren die Vorschriften über das Verfahren vor Gerichtshöfen erster Instanz anzuwenden sind, soweit nichts Abweichendes angeordnet ist, und dass zu diesen Vorschriften kraft des §. 259 C.P.O. auch diejenigen über die intensive an das Inquisitionsprincip heranreichende materielle Processleitung (§§. 180 ff. C.P.O.) gehören.

Bei der Revision steht die Sache anders. Allerdings sagt §. 513 C.P.O., dass die Vorschriften über die Berufung auch auf die Revision anzuwenden sind, aber er fügt bei: soweit sich nicht aus den besonderen Bestimmungen über Revision Abweichungen ergeben. Solche enthält der §. 503 C.P.O., in welchem die Revisionsgründe taxativ aufgezählt sind und als solcher der error facti nur zugelassen ist, soferne er sich als

Actenwidrigkeit darstellt (§. 503 Z. 3 C.P.O.), und der §. 504 leg. cit., wo neue thatsächliche Behauptungen und Beweise zur Unterstützung und Bekämpfung von materiellen Anfechtungsgründen ganz ausgeschlossen sind.

Ferner behauptet man, dass die Berufung unserer Civilprocessordnung eine appellatio a iudice bene informato ad iudicem peius informandum genannt werden müsse. Nach meinem Dafürhalten verdient sie auch diesen schweren Tadel nicht. Er wäre nur gerechtfertigt, wenn die allgemeine Vorschrift bestände, dass der Berufungsrichter, während der erste Richter auf dem Substrat der mündlichen Verhandlung entschieden hat (§. 414 C.P.O.), seiner meritalen Entscheidung die Processacten zu Grunde zu legen habe. Das ist aber, wie wir sogleich sehen werden, nicht der Fall.

Nur ausnahmsweise kann es vorkommen, dass die mündliche Berufungsverhandlung wegfällt. Da müssen aber zwei Voraussetzungen zusammentreffen. Einmal die, dass die beiden Parteien auf die Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung über die Berufung verzichten, und zum zweiten die, dass es dem Gericht nicht erforderlich scheint, eine mündliche Verhandlung anzuordnen. Das Schwergewicht liegt meines Erachtens auf der zuletzt genannten Voraussetzung. Das Gericht darf wohl pflichtgemäss von der Anordnung der mündlichen Verhandlung trotz dem übereinstimmenden Willen beider Parteien nicht absehen, wenn anzunehmen ist, dass dieselbe eine noch erforderliche bessere Information zu gewähren geeignet sei. Von obiger Ermächtigung werden die Parteien zumeist nur dann mit Erfolg Gebrauch machen, wenn einzig und allein die rechtliche Beurtheilung des Thatbestandes angefochten wird, und sie im Sinne des §. 492 Abs. 1 in die Berufungsschrift und die als Berufungsbeantwortung dienende Mittheilung die erforderlichen Rechtsausführungen aufgenommen haben. Unter dieser Voraussetzung kann das Gericht von der mündlichen Erörterung der Rechtsfrage absehen, wo-

mit aber nicht gesagt sein soll, dass das Gericht in einzelnen Fällen nicht ganz und gar auf die Darlegung des Rechtsstandpunktes durch die Parteien verzichten dürfe. Dagegen wird bei einer Vervollständigung der erstinstanzlichen Verhandlung durch Erörterung neuer Thatsachen oder durch Aufnahme neuer Beweise oder durch Wiederholung und Ergänzung erstinstanzlicher Beweisaufnahmen die mündliche Verhandlung zweiter Instanz nicht leicht entbehrt werden können, auch wenn beide Parteien auf dieselbe verzichten. Die Abhaltung der mündlichen Berufungsverhandlung gilt eben als Regel.

Was den Inhalt derselben anbelangt, so ist er ein auf das Aeusserste concentrirter. Es darf in derselben nur der von der Berufung betroffene Theil des Erkenntnisses und der der Fällung desselben vorangegangene Theil des Verfahrens, und auch dieser nur, abgesehen von den hier nicht weiter in Betracht kommenden Nichtigkeiten, innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge und Berufungsgründe erörtert werden. Das sind genau dieselben Grenzen, innerhalb welcher der Berufungsrichter als solcher, d. h. als das zur Ueberprüfung des erstrichterlichen Erkenntnisses und Verfahrens berufene Organ thätig zu werden hat. Ueber diese Grenzen hinaus bleibt es bei dem, was in erster Instanz geschehen, bezw. beurkundet ist. Demgemäss kann der §. 498 Abs. 1 C.P.O. sagen, dass das Berufungsgericht die durch die geltend gemachten Berufungsgründe nicht berührten Ergebnisse der ersten Instanz zu Grunde zu legen hat. Von Bedeutung ist die daselbst beigefügte Beschränkung: »soweit dieselben nicht durch die Berufungsverhandlung selbst eine Berichtigung erfahren haben«; denn sie belehrt uns, dass in erster Linie die mündliche Berufungsverhandlung und erst in zweiter Linie und gleichsam suppletorisch die erstinstanzlichen Processacten Grundlage des Berufungsurtheils sind. Die Berufungsverhandlung so zu gestalten, dass sie eine zum mindesten gleich gute Information gewähre, wie die erster Instanz, ist ganz dem

pflichtgemässen Ermessen des Berufungsrichters anheimgegeben. Das ist der Gehalt des zwar nicht besonders glücklich gefassten, aber meines Erachtens hochbedeutsamen §. 488 C.P.O. Er setzt den Berufungsrichter in die Lage, die erstrichterliche Verhandlung, insoweit sie zur Beurtheilung der Berufungsanträge herangezogen werden muss, in zweiter Instanz zu erneuern, neuerlich durchzuführen. Es ist daselbst mit dürren Worten gesagt, dass er, »wenn dies behufs Entscheidung über die Berufungsanträge nothwendig erscheint, auch eine bereits in erster Instanz erfolgte Beweisaufnahme wiederholen oder ergänzen« kann, d. h. wohl muss. Und zwar muss er, wie kraft eines argumentum e contrario aus Abs. 2 des genannten Paragraphen hervorgeht, diese Wiederholung und Ergänzung unmittelbar selbst und nicht durch das Medium eines beauftragten oder ersuchten Richters vornehmen. Nur bei Ergänzung eines Augenscheins wird aus naheliegenden Gründen von dieser Nöthigung abgesehen. Diese vermehrte Unmittelbarkeit gilt auch für die zur Unterstützung und Bekämpfung der Berufungsgründe neu aufzunehmenden Beweise. Auch sie dürfen dem iudex commissarius oder iudex requisitus nicht überlassen werden. Nur, wenn es sich um Aufnahme von im erstrichterlichen Verfahren erfolglos angebotenen Beweisen handelt, genügt die in erster Instanz geforderte Unmittelbarkeit (§§. 488 Abs. 2 — 300, 328, 352, 368, 375 Abs. 2 C.P.O.).

Zum Beschluss sind noch ein paar Worte über das Verhältniss unserer appellatio ex capite novorum zu der Wiederaufnahmeklage zu sagen. Eine Concurrenz dieser beiden Rechtsmittel ist dadurch ermöglicht, dass, um die Wiederaufnahmeklage zu erheben, die Rechtskraft des Urtheils nicht abgewartet zu werden braucht; es genügt, dass das Verfahren durch Urtheil geschlossen sei (§. 530 pr. C.P.O.). So entsteht die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Partei, welche nach Fällung des Urtheils erster Instanz neues that-

den im §. 35 E.O. angegebenen Voraussetzungen mittelst Oppositionsklage, bezw. unter den im §. 40 Abs. 1 E.O. angegebenen Voraussetzungen mittelst blossen Oppositionsgesuchs geltend gemacht werden. Allein eine Abänderung des Urtheils auf Grund des factum subsequens wird auf diesem Wege nicht herbeigeführt: das Petit geht nur auf Unzulässigerklärung der Execution (§. 42 Z. 5 E.O.), nicht auf Wiederaufnahme des Erkenntnissverfahrens.

